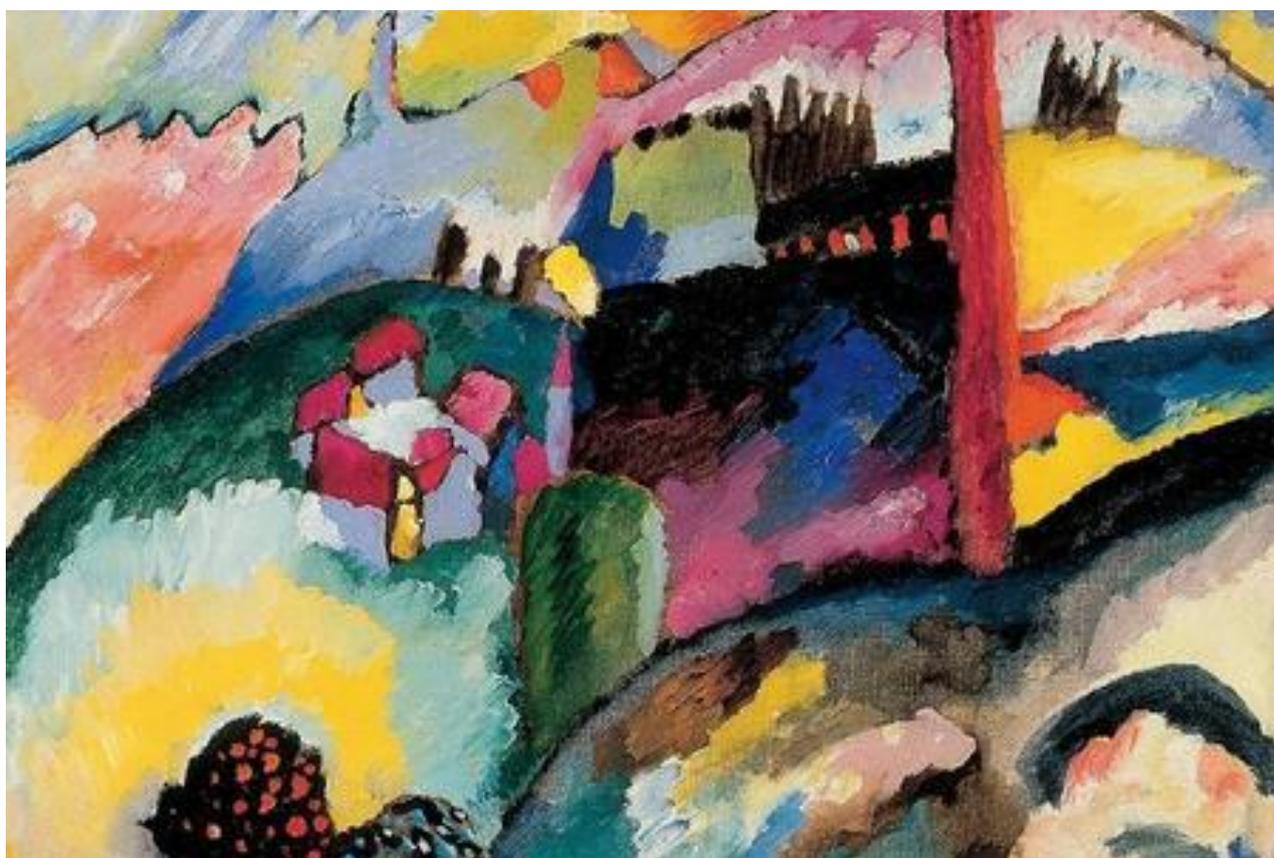


Numero 2 – 2019

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*giudice del Tribunale di Roma*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*segretario generale della Scuola superiore della magistratura*) – COSIMO D'ARRIGO (*consigliere della Corte di cassazione*) – BALDOVINO DE SENSI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANTONIO LEPRE (*sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Paola*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio superiore della magistratura*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 2°

(maggio-agosto 2019)

| | |
|--|----|
| Gli Autori..... | 4 |
| GIOVANNI MAMMONE, <i>Fine vita tra diritto ed etica</i> | 5 |
| GIOVANNI MARIA FLICK, <i>Relazione al seminario “Fine vita tra diritto ed etica”</i> | 7 |
| FRANCESCO D. BUSNELLI, <i>Ermeneutica del fine vita. Evocare ricordi, interpretare il presente, scrutare il futuro</i> | 15 |
| CATALDO ZUCCARO, <i>Relazione al seminario “Fine vita tra diritto ed etica”</i> | 22 |
| MARIA GRAZIA CABITZA, <i>La dignità umana nel crepuscolo della vita. La centralità del giudice tutelare nella salvaguardia dei diritti inviolabili della persona</i> | 30 |

CIVILE

| | |
|--|----|
| SALVATORE CASCIARO, <i>La questione dell’applicabilità della nuova disciplina in tema di protezione umanitaria ai procedimenti in corso</i> | 52 |
| EMANUELE QUADRACCIA, <i>Quando l’interesse ostensivo fronteggia quello alla riservatezza. Accesso agli atti e necessità dell’autorizzazione del giudice: il nodo (ancora) irrisolto dei procedimenti di famiglia</i> | 89 |

PENALE

| | |
|---|-----|
| MARISTELLA CERATO, <i>Il matrimonio forzato (forced marriage) dei minori e il c.d. codice rosso</i> | 96 |
| FEDERICA LA CHIOMA, <i>L’ordine di produzione e di conservazione europeo delle prove elettroniche</i> | 106 |
| ADRIANA BLASCO, <i>La sentenza nr. 40 del 23 gennaio 2019 della Corte Costituzionale: effetti sul giudicato, sorte delle sentenze di patteggiamento e limiti fisiologici al potere attribuito al Pubblico Ministero in sede di riformulazione dell’accordo ex articolo 188 disposizioni di attuazione al c.p.p.</i> | 121 |
| LUCA GESSAROLI, <i>Bancarotta patrimoniale e beni concessi in leasing. Alcune riflessioni</i> | 148 |

Gli Autori

Adriana BLASCO, *sostituto procuratore della Repubblica presso Tribunale di Milano*

Francesco D. BUSNELLI, *professore emerito alla Scuola Superiore Sant'Anna*

Maria Grazia CABITZA, *presidente di sezione del Tribunale di Cagliari*

Salvatore CASCIARO, *consigliere della sezione lavoro della Corte d'appello di Roma, applicato alla sezione immigrazione del Tribunale di Bari*

Maristella CERATO, *sostituto procuratore generale Corte d'appello di Venezia*

Giovanni Maria FLICK, *presidente emerito della Corte costituzionale*

Luca GESSAROLI, *magistrato ordinario in tirocinio*

Federica LA CHIOMA, *sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo*

Giovanni MAMMONE, *primo presidente della Corte di cassazione*

Emanuele QUADRACCIA, *giudice del Tribunale di Como*

Cataldo ZUCCARO, *professore ordinario di Teologia presso la Pontificia Università Urbaniana*

GIOVANNI MAMMONE

Fine vita tra diritto ed etica¹

Buongiorno a tutti e grazie alla Rivista Il diritto vivente per avermi invitato a dare un indirizzo di saluto a questo convegno.

La presenza della Corte di cassazione è quanto mai giustificata in un convegno che si ripromette di indagare sul rapporto tra fine vita e etica. È noto infatti che con la sentenza n. 21748 del 2007 pronunciata nella vicenda di Eluana Englaro la Corte accolse il ricorso del padre e tutore della ragazza ridotta in una condizione di vita vegetativa pur caratterizzata dalla presenza di funzioni vitali, il quale chiedeva che alla paziente fosse interrotta l'alimentazione forzata. Con quella sentenza, in una situazione di assoluta incertezza normativa per la mancanza di una legge regolatrice del fine vita, la Corte affermò che il giudice a date condizioni poteva ben autorizzare l'interruzione dell'alimentazione artificiale.

Questa sentenza è importante da un lato perché avviò il percorso, lungo e irto di ostacoli, che avrebbe portato all'approvazione della legge n. 219 del 2017 recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, la quale, in particolare, consente che ogni persona possa attraverso le disposizioni anticipate di trattamento (DAT) "esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari".

La sentenza evidenziò che nella materia del fine vita nell'ordinamento mancavano fonti legislative direttamente praticabili e che, tuttavia, sulla base dei principi sottesi alla vicenda desumibili dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali di natura convenzionale il giudice ben poteva dare una risposta alla richiesta del padre-tutore, sottraendosi alla decisione di non liquet, che avrebbe costituito un sostanziale arretramento della giurisdizione.

La sentenza avviò un dibattito che andò oltre i confini strettamente giuridici, tanto che si affermò che il giudice mediante il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata era venuto meno al suo compito di interpretare la legge, creando invece un diritto basato su una costruzione valoriale non direttamente derivante dal dettato legislativo.

Non è mio compito di entrare nella specificità dell'argomento; rimando la questione agli autorevoli relatori ed interventori che prenderanno oggi la parola. Ritengo invece importante richiamare questa vicenda per sottolineare quanto sia delicata la posizione del giudice, qualora (non

¹ Pubblichiamo l'indirizzo di saluto del Primo Presidente della Corte di cassazione al seminario "Fine vita tra diritto ed etica" che si è svolto il 5 giugno 2019 presso la sala Zuccari, palazzo Giustiniani.

solo nella vicenda Englaro) si trovi a regolare controversie implicanti principi etici di contenuto primario, quali quelli concernenti il mistero del fine vita, senza avere una diretta base normativa di natura legislativa, strumento essenziale di ogni indagine giudiziale. Al di fuori di ogni retorica, in una situazione del genere la persona-giudice deve essere in possesso di una ferma volontà di disciplinare innanzitutto il proprio foro interno, che è messo a dura prova dalla necessità di trovare il corretto equilibrio tra il dovere di giudicare e le convinzioni etiche che regolano il proprio sentire.

La legge n. 219, intervenuta dieci anni dopo la sentenza Englaro, non ha risolto appieno questo dilemma. Le sue pur puntuali disposizioni non consentono di dare una soluzione a tutte le molteplici fattispecie che nella realtà si presentano e non escludono aree di discrezionalità circa i limiti della loro applicazione e generano situazioni che, pur governate dalle regole della scienza medica, sono aperte alle valutazioni dei singoli. Rimangono, infatti, aperti gli spazi per la definizione dei contorni del diritto al trattamento sanitario e dei suoi limiti, la cui fissazione è rimessa pur sempre al giudice, in sede civile, penale ed amministrativa.

Dunque, il portato etico-giuridico delle controversie sollevate dinanzi alla magistratura in materia di fine vita è sicuramente ampliato da un quadro legislativo più puntuale; in questo contesto, tuttavia, di fronte a nuove aree di incertezza normativa il dilemma valoriale dell'interprete è destinato a perpetuarsi.

Si pensi, ad esempio, all'ordinanza della n. 207 del 2018, con cui la Corte costituzionale ha risposto alla questione di legittimità dell'art. 580 c.p. sollevata dalla Corte d'assise di Milano con riferimento all'azione di colui che agevola il suicidio di persona affetta da patologia irreversibile che per scelta consapevole abbia scelto di sottrarsi alle terapie mediche di sostegno vitale. La Corte costituzionale ha preso atto che "l'attuale assetto normativo concernente il fine vita lascia prive di adeguata tutela situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione e da bilanciare con altri beni costituzionalmente rilevanti". Con riferimento alla questione sollevata dal giudice milanese, ha ritenuto di non poter porre rimedio alla limitazione della libertà di autodeterminazione del malato mediante la semplice cancellazione del reato, ritenendo necessario al riguardo l'intervento del Parlamento "con un'appropriata disciplina". In questo richiamo al legislatore mi pare di leggere non solo l'invito ad adottare una disciplina che pragmaticamente disciplini la fattispecie in questione, ma anche quello di prendere una chiara posizione su quali debbano essere i valori etici prevalenti.

L'odierna occasione di confronto è dunque preziosa e merita l'attenzione particolare che la vostra presenza le conferisce. Buon lavoro!

GIOVANNI MARIA FLICK

Relazione al seminario “Fine vita tra diritto ed etica¹”

Come ho già avuto occasione di osservare in precedenza², il primo e fondamentale valore che viene in considerazione - nel dibattito sul diritto di morire o sull’obbligo di vivere della persona, anche quando le condizioni della vita siano o appaiano ad essa intollerabili e tali da farle preferire la morte - è quello della vita. La Costituzione ne sottolinea la dimensione personale e sociale (art. 2); la inviolabilità assoluta anche da parte dello Stato (art. 27 e art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 2007); le condizioni irrinunciabili di dignità (sia esplicitamente, art. 3, sia implicitamente, ad es. artt. 27, 32 e 36) nel suo svolgersi e nella sua conclusione.

La Costituzione non definisce la vita; riconosce implicitamente il suo carattere di presupposto di tutti gli altri diritti fondamentali; non afferma esplicitamente un diritto ad essa, ma non propone neppure un dovere esplicito o implicito di vivere. Una interpretazione ragionata degli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione sembra consentire di affermare che non è configurabile né un obbligo (coercibile) di vivere, né un generico diritto di morire (anche con l’aiuto di terzi su richiesta dell’interessato).

Insomma, un diritto personalissimo, inviolabile da parte di tutti i terzi (compreso lo Stato); ma non indisponibile per il suo titolare, come si evince già dalla definizione della salute nell’art. 32 della Costituzione. Un “*diritto fondamentale*” (l’unica volta in cui il costituente usa questa qualificazione) dell’individuo, un *interesse* della collettività.

Nel dibattito sul fine vita si è giunti prima al riconoscimento del diritto del malato a rifiutare la terapia anche quando essa sia costituita da interventi di sostegno vitale, come nel caso di Piergiorgio Welby nel 2006; poi al riconoscimento delle c.d. disposizioni anticipate di fine vita,

¹ Il testo riproduce le riflessioni svolte dinanzi alle Commissioni II (Giustizia) e XII (Affari sociali) della Camera dei Deputati in data 7 maggio 2019, su invito delle rispettive Presidenze, onorevole Francesca Businarolo e Marialucia Lorefice.

² Cfr. Dignità del vivere e dignità nel morire: un (cauto) passo avanti, in *Cassazione Penale*, 2018, fase. 7/8. *Relazione per il Convegno "In attesa della decisione della Corte Costituzionale: riflessioni e interrogativi sulla Ord. n. 207/2018 di "incostituzionalità differita" dell'art. 580 c.p. ", a cura dell'Ordine degli Avvocati di Sassari, 1° dicembre 2018.*

come nel caso di Eluana Englaro nel 2009; oggi è in discussione, *sub indice*, la liceità dell'aiuto al suicidio da parte di un terzo quando la persona non sia in grado di porre fine da sola alla propria vita. Questi interventi sembrano essere i più noti ed emblematici fra i molti succedutisi su questo tema in sede di dibattito politico, culturale, dottrinale e giurisprudenziale.

Le vicende precedenti condussero - troppo tardi e fra troppe polemiche - all'approvazione della legge n. 219 del 2017. Essa ha disciplinato in parte questa materia, prevedendo le modalità e le condizioni per anticipare la propria volontà sul trattamento di fine vita da parte dell'interessato consapevole ed informato, e per l'attuazione di quelle volontà nel momento in cui egli sia divenuto incapace.

Come è noto, la legge esclude l'accanimento terapeutico. Prevede la «*promozione di ogni azione di sostegno*» e il dovere di «*adoperarsi per alleviare le sofferenze*» avvalendosi di mezzi appropriati anche a favore del malato che rifiuti il trattamento terapeutico, esercitando un suo diritto riconosciutogli dall'articolo 32 della Costituzione. Soprattutto, la legge comprende fra i trattamenti subordinati al consenso del malato - secondo l'orientamento dominante della scienza medica - anche gli interventi di sostegno vitale (ad es. l'alimentazione, l'idratazione o la ventilazione forzata) in mancanza dei quali sopravvenga la morte, per il loro carattere invasivo e la professionalità ed organizzazione sanitaria richieste per praticarli.

Infine, la legge richiede il rispetto delle disposizioni anticipate di fine vita da parte del medico e la possibilità di disattenderle solo in situazioni particolari, nel caso di sopravvenuta incapacità della persona che le aveva in precedenza formulate.

Alla soluzione del problema del fine vita ha contribuito in modo determinante la legge n. 38 del 2010 («*Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore*»). Essa finalmente ha riconosciuto il dolore come una malattia e il diritto a non soffrire, superando una concezione tradizionale del dolore come strumento di espiazione e/o di acquisizione di meriti, o addirittura come strumento di indagine (la tortura per far confessare) e di «*giustizia*».

Le terapie palliative e quelle contro il dolore possono divenire nel concreto essenziali per accompagnare il decorso finale di una malattia; per assicurare al malato e a chi lo circonda condizioni di dignità e di serenità, nei limiti del possibile; per offrire un'alternativa alla spinta a porre termine alla vita, al fine di non protrarre sofferenze intollerabili. Insomma, per assicurare condizioni di dignità nel morire, quando invece di un inutile accanimento terapeutico sono necessarie l'assistenza, l'accoglienza e la solidarietà verso chi muore. A tal fine, «*In presenza di*

sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari (da correlarsi ovviamente alla prognosi infausta a breve o all'imminenza di morte, previste nel medesimo art. 2 della legge 219 del 2017) il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente»».

Resta invece da risolvere il problema della disegualianza fra chi è in grado di porre fine alla propria vita da solo, senza bisogno dell'aiuto di un terzo ovvero è in grado di rifiutare o revocare il consenso all'intervento terapeutico di sostegno vitale (anche attraverso le disposizioni anticipate di trattamento); e chi invece ha bisogno di quell'aiuto. Il caso emblematico di Fabiano Antoniani nel 2017 (dj Fabo) ha riaperto la via alla discussione sul "diritto a morire" e alle critiche di carenze o al contrario di aperture eccessive nella legge n. 219/2017.

Fabiano Antoniani - in uno stato di patologia irreversibile, con sofferenze fisiche e psicologiche ritenute da lui intollerabili, tenuto in vita con trattamenti di sostegno vitale e capace di prendere decisioni libere e consapevoli - ha rifiutato il consenso al ricorso dei medici alla sedazione palliativa profonda prevista dall'art. 2 della legge 219/2017, per il contrasto di quest'ultima con la sua dignità. Ha ritenuto l'intervento di terzi nel porre fine alla sua vita l'unica via di uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità, ad un mantenimento artificiale in vita non voluto e che aveva il diritto di rifiutare.

Secondo un orientamento, la legge 219 del 2017 - in generale o quanto meno in situazioni come quella emblematica del dj Fabo - avrebbe dovuto riconoscere esplicitamente il diritto di morire e la liceità dell'aiuto di un terzo a chi vuole ma non è in grado di esercitarlo autonomamente. Secondo un orientamento opposto invece quella legge ha posto le premesse della "china scivolosa" e ha dato una spinta a percorrerla: sino a giungere alle inaccettabili strutture imprenditoriali organizzate per una "dolce morte a pagamento". Sono strutture operanti oramai in diversi paesi; sono ispirate alla logica del profitto ben più che a quella della solidarietà; sono le premesse di una disegualianza nel morire fondata sulle disponibilità economiche, altrettanto se non più marcata di quella della disegualianza che si intende risolvere.

Indubbiamente la differenza fra chi può e chi invece non può darsi la morte da solo è difficile da accettare. Tuttavia, un intervento del terzo potrebbe allargarsi dall'accogliere la richiesta dell'interessato in termini di solidarietà a molteplici altre ragioni. Gli interessi familiari e/o economici, le esigenze di costi e risparmi, le procedure selettive in ragione dell'età potrebbero

tradursi nella induzione di un soggetto debilitato perché rifiuti la terapia, approfittando delle sue condizioni. Potrebbero agevolare il passaggio dall'assenza di un obbligo di vivere ad un vero e proprio obbligo di morire: una strada al fondo della quale vi è l'“*igiene razziale ed eugenetica*” del nazismo per la soppressione di una vita “*indegna di essere vissuta*”.

Da ciò la necessità di una particolare attenzione nel valutare le condizioni di capacità e di autodeterminazione di chi rifiuta il trattamento terapeutico in condizioni debilitate dalla infermità o dalla età. Da ciò la inesigibilità (art. 1 comma 6 della legge n. 219/2017) di «*trattamenti contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali*» e l'assenza di obblighi professionali dal medico di fronte a tali richieste.

Da ciò la discussione tuttora accesa sulla disciplina penale del delitto di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.) e di quello di istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Quest'ultimo prevede e punisce con la medesima sanzione sia la determinazione di altri al suicidio o il rafforzamento dell'altrui proposito suicida, sotto il profilo della partecipazione psichica; sia l'agevolazione in qualsiasi modo dell'esecuzione del suicidio, sotto il profilo della partecipazione materiale.

È evidente la difficoltà di distinguere in concreto tra la prima ipotesi (omicidio del consenziente), la seconda (istigazione) e la terza (aiuto al suicidio). Lascia perplessi l'identità di trattamento punitivo previsto per la seconda e per la terza ipotesi, che sono certamente fra loro diverse per configurabilità e per disvalore intrinseco, soprattutto a fronte dell'ampiezza della condotta di aiuto al suicidio, descritto dalla norma come “*agevolazione in qualsiasi modo*”.

Lascia ancor più perplessi l'alternativa drastica che ne deriva - senza soluzioni intermedie, le quali tengano conto della concretezza dei singoli casi (*rectius*, drammi di sofferenza) - fra la punizione di qualsiasi forma di aiuto alla persona che abbia già consapevolmente maturato una decisione di suicidarsi per l'intollerabilità della propria situazione e per la propria dignità; e al contrario l'eliminazione di qualsiasi tutela e/o regolamentazione rispetto alle interferenze di terzi e al possibile loro abuso, di fronte ad una persona che chiede aiuto in condizioni di debolezza e di “*minorata difesa*” per le sue condizioni fisiche e/o psichiche.

Alla Corte costituzionale è stato presentato dal giudice di Milano il caso dell'assistenza di un terzo al suicidio del dj Fabo, da lui autonomamente deciso ed attuato in una struttura medica elvetica (ove aveva chiesto all'imputato di accompagnarlo), per le proprie intollerabili condizioni di

sofferenza irreversibile e di ritenuta perdita della dignità in tali condizioni. Le è stato chiesto in sostanza di risolvere il conflitto ravvisato in quel caso dal giudice tra il valore della vita ed il valore della autodeterminazione e della dignità.

La Corte costituzionale, con una scelta innovativa nel metodo, ha ritenuto di rinviare la propria decisione ad un termine prefissato, per consentire al legislatore di intervenire a risolvere l'alternativa fra i due estremi: il divieto assoluto di un intervento del terzo ancorché su richiesta dell'interessato, in nome dell'inviolabilità e del valore del bene vita; la libertà piena del suicidio aiutato dal terzo, in nome della dignità e del valore dell'autodeterminazione della persona.

In tal modo la Corte ha di propria iniziativa modificato il quesito proposto: non già il conflitto ravvisato dal giudice fra la tutela della libertà di autodeterminazione e quella del bene vita in condizioni particolari di sua compromissione; ma la differenza di trattamento - ritenuta irragionevole dalla Corte - fra la scelta di morire rifiutando o revocando il consenso al trattamento terapeutico e la scelta di morire grazie ad un intervento del terzo (reso necessario dalle proprie condizioni).

In precedenza, seguendo una prassi consolidata, la Corte aveva dichiarato inammissibili questioni di costituzionalità come quella di specie, il cui accoglimento avrebbe richiesto con la sua pronuncia un intervento creativo, per definire casi, modi, condizioni e procedure al fine di consentire la soluzione del caso sottoposto senza dare causa ad un "vuoto di tutela" costituzionalmente ingiustificato. A tal fine la Corte aveva più volte formulato dei moniti per l'intervento del legislatore (per lo più non accolti da quest'ultimo), riservandosi di intervenire successivamente nel caso di inerzia di esso.

In questo caso invece, per evitare l'ulteriore applicazione di una normativa ritenuta non conforme - almeno in parte - alla Costituzione, in considerazione dei valori da essa coinvolti e della peculiarità del caso, la Corte ha ritenuto invece di differire la decisione ad una udienza fissa e ad un termine peraltro assai breve di meno di un anno (ove si guardi *all'iter* quasi decennale richiesto per approvare la legge n. 219 del 2017), mediante il rinvio del giudizio per consentire l'eventuale intervento del legislatore.

In tal modo la Corte per un verso ha perseguito una prospettiva di leale collaborazione con il Parlamento invitandolo - ove esso ritenga - ad intervenire; per un altro verso, secondo taluno, avrebbe di fatto esercitato una sorta di pressione sul Parlamento, invitandolo a decidere entro un breve termine.

La soluzione adottata allarga il ventaglio di decisioni e di interventi della Corte, anche sulla base di esperienze - prima giurisprudenziali e poi normative - di altri ordinamenti. Viene incontro a esigenze concrete e assai serie; solleva peraltro interrogativi altrettanto seri. Fra essi in particolare il superamento della distinzione fra condotta *omissiva* (interruzione della somministrazione di un farmaco o di un trattamento terapeutico, dalla quale consegue la morte) e condotta *attiva* (somministrazione di una sostanza che cagiona la morte): una distinzione da molti tuttora condivisa, da molti altri invece respinta.

Nel merito la Corte sembra aver implicitamente anticipato il proprio orientamento. Da un lato, ha affermato la necessità di evitare il “vuoto di tutela” che in nome del valore di autodeterminazione non protegga il diritto alla vita soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, di fronte a una scelta estrema e irreparabile. Da un altro lato, la Corte ha affermato tuttavia la necessità di consentire - su di un piano di parità con il diritto di rifiutare i trattamenti di sostegno vitale e di morire senza soffrire - il diritto del malato di chiedere e ottenere di porre fine più rapidamente alla propria esistenza in nome della dignità, attraverso la somministrazione rigorosamente regolamentata, da parte del medico, di sostanze idonee ad accelerare la morte, in casi estremi di sofferenza e menomazione della dignità, come quello emblematicamente prospettato dal giudice milanese.

In sostanza, la Corte sembra proporre una equivalenza - in nome dell'eguaglianza e del rispetto del principio di autodeterminazione - fra la situazione in cui la morte sopravvenga per il decorso della malattia, senza alcun contrasto terapeutico a quest'ultima, in condizioni di sedazione profonda per alleviare la sofferenza; e la situazione in cui la morte invece venga provocata o accelerata attraverso la somministrazione di sostanze idonee e rivolte a tal fine. V'è però una differenza concettuale - ad un tempo profonda e labile - fra la somministrazione di una sostanza per non far soffrire, ancorchè ne segua la morte come effetto non perseguito intenzionalmente; e la somministrazione di una sostanza per provocare ed anticipare la morte da parte di un terzo, se pure con un procedimento riservato ad un sanitario, nel quadro della legge 219 del 2017.

Il doveroso rispetto nei confronti del Parlamento e della Corte Costituzionale e la mia precedente veste istituzionale mi inducono - come mia consuetudine - a non anticipare previsioni improvvise e a non formulare valutazioni premature su quello che potrà essere il giudizio della Corte: sia se il Parlamento non aderirà all'invito di essa; sia sulle eventuali scelte di quest'ultimo.

Posso solo rilevare che forse, per affrontare la drammaticità del contrasto tuttora suscettibile di crearsi tra valori in questo ambito, si possono ipotizzare in astratto tre vie. Si può intervenire sulla condotta di aiuto, restringendone l'ambito di tipicità e di rilevanza; o intervenire sulla *ratio* e sul bene giuridico tutelato, attraverso l'equilibrio tra i valori in potenziale conflitto, accentuando più la tutela del bene autodeterminazione rispetto a quella del bene vita; o intervenire sulla richiesta e sulla valutazione delle condizioni (di irreversibilità della malattia; di intollerabilità della sofferenza; di prossimità del decesso) del soggetto che richiede l'aiuto del terzo. Ciascuna di tali vie presenta aspetti positivi ed aspetti di estrema problematicità.

La prima via sarebbe percorribile attraverso l'interpretazione (forse troppo creativa) od attraverso la modifica dell'espressione "*ne agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione*", contenuta nell'art. 580 c.p. Dovrebbe delimitare l'aiuto ai soli casi di irreversibilità della malattia e di irretrattabilità della sofferenza al trattamento; di connessione stretta con l'evento morte; di indispensabilità e infungibilità del contributo del terzo per causare in modo determinante il suicidio. Non sarebbe peraltro una via agevolmente definibile in termini di tipicità; provocherebbe numerosi interrogativi e diversità di soluzioni, alla stregua delle esperienze ben note sulle difficoltà di distinguere fra atti preparatori ed esecutivi e sulla definizione dei requisiti di causalità.

La seconda via giustificerebbe una prevalenza del bene dell'autodeterminazione sul bene della vita, attraverso l'attenuazione della tutela di quest'ultimo, su richiesta del titolare, per le condizioni di artificialità e grave menomazione in cui la sua vita continua a svolgersi suo malgrado. Quella via peraltro si risolverebbe nella diminuzione della c.d. cintura protettiva proprio nel momento in cui è più debole e indifesa la condizione del soggetto per il quale essa è prevista; ed in cui perciò dovrebbe essere più elevata la soglia della tutela. Di ciò sembra offrire conferma la diversità che la legge 219/2017 propone fra il consenso o il rifiuto del trattamento sanitario, che è espressione della volontà del paziente, ed il ricorso alla sedazione profonda in prossimità della morte. Quest'ultima è rimessa alla decisione del medico, se pure con il consenso del paziente nell'ambito della «*relazione di cura e di fiducia*» fra i due, e dell'incontro tra «*l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e responsabilità del medico*».

La terza via si fonderebbe sostanzialmente sulle condizioni di malattia della persona, quanto a sua irreversibilità ed a tollerabilità della sofferenza fisica e/o psichica, e soprattutto sulla sua percezione di dignità ("ritenuta") della propria vita in tali condizioni. V'è peraltro il rischio che la dignità venga presa in considerazione soltanto nella sua dimensione soggettiva di apprezzamento da

parte della persona coinvolta, senza (ed è ampiamente comprensibile) che quest'ultima tenga conto della componente relazionale, sociale e quindi oggettiva (importante come quella soggettiva) della dignità stessa. V'è il rischio che non sia agevole individuare in termini generali la soglia (quantitativa e qualitativa; soggettiva ed oggettiva) della sofferenza intollerabile; v'è il rischio di interrompere il nesso fra la morte prossima e la sedazione profonda, anticipando quest'ultima alla “scelta” della persona.

V'è infine (*rectius*, forse soprattutto) il rischio che la giusta e fondata valorizzazione del principio di autodeterminazione e del consenso/rifiuto del trattamento sanitario venga in qualche modo enfatizzata nella libertà e nel diritto di darsi la morte con il coinvolgimento del terzo. Al di là del coinvolgimento del diritto di libertà di quest'ultimo e della sua configurazione come obbligo per il sanitario - con la conseguente necessità di prevedere un diritto alla sua obiezione di coscienza - tale enfattizzazione potrebbe indurre ad una sorta di “fuga dalla responsabilità” per lo Stato e per gli altri e di sottovalutazione del dovere inderogabile di solidarietà lasciando a chi muore in condizioni debilitate ed alla sua solitudine tutto il peso e la responsabilità della scelta di morire.

Non sono in grado di prevedere la decisione della Corte né intendo farlo, nonostante le anticipazioni da essa proposte con l'ordinanza di rinvio della sua decisione. Posso solo osservare come un'interpretazione del concetto di “agevolazione” più restrittiva di quella proposta dalla Cassazione, consente forse di sottrarre alla rigidità della norma penale ciò che è riconducibile alla solidarietà. È un profilo importante quanto se non più di quello della legalità, quando si entra nel territorio e nel dramma del fine vita. È un tentativo di trovare un equilibrio nella concretezza, fra il conservare un limite necessario per il rispetto della vita e il non ostacolare una solidarietà che è l'ultimo conforto per chi se ne sta andando. È uno sforzo da coltivare al massimo grado, anche a prezzo di una dilatazione dell'interpretazione nel e per il caso concreto: la legge per l'uomo e non l'uomo per la legge, almeno in questo passaggio.

Ciascuno muore solo; ma questo non è un motivo né buono né sufficiente perché gli altri lo lascino ancora più solo o aggravino la sua solitudine, nel momento in cui chiude la sua pagina terrena. Altrimenti si corre il rischio di giungere a punire chi tiene per mano il morente nel suo congedo, perché in tal modo comunque lo agevola nel momento più impegnativo, difficile e definitivo della sua esistenza; o, al contrario, di lasciare mano libera a chi sia mosso da ben altri fini (e interessi), rispetto a quelli della solidarietà.

FRANCESCO D. BUSNELLI

Ermeneutica del fine vita. Evocare ricordi, interpretare il presente, scrutare il futuro¹

Mi propongo di articolare il mio breve intervento in tre punti: evocare ricordi, interpretare il presente, scrutare il futuro.

1. - Proprio da un ricordo vorrei iniziare; il ricordo di un dialogo a distanza, purtroppo incompiuto, che avevo intrattenuto con Giorgio Oppo su temi e problemi che concernevano già, e anticipavano, gli argomenti su cui oggi siamo chiamati a discutere.

Il dialogo era iniziato in un anno particolarmente significativo: il 2007. Erano appena state pubblicate due sentenze importanti che si riferivano a casi problematici (il caso Welby² e il caso Englaro³). L'anno successivo Oppo aveva voluto benevolmente destinare al *Liber amicorum* a me dedicato un saggio sui “*Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana*”, pubblicato sulla *Rivista di diritto civile*⁴. Il Maestro si interrogava in termini sofferti e pensosi: “Il tema – scriveva - tragico di per sé è reso angoscioso da episodi recenti [sono i casi a cui prima facevo riferimento], l'uomo vuole appropriarsi della fine come del principio della vita sostituendosi alla natura”⁵; e, riferendosi alla sentenza della Corte di Cassazione (n. 21748/2007) sul caso Englaro, così concludeva: “il solo pensiero è da brividi. Si legittima la progressiva estinzione di ogni forma di vita di una persona che chi la ha in cura definisce ancora bella finendo con l'ammettere l'eutanasia”⁶. Si trattava di Eluana Englaro.

La mia risposta (*Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*)⁷ fu, purtroppo, tardiva (Oppo, il 19 agosto dello stesso anno, 2008, ci aveva lasciato), ma voleva essere rassicurante.

La motivazione della “sentenza Englaro” (relatore Alberto Giusti, valoroso allievo pisano) non dava adito a dubbi: “il rifiuto delle terapie, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia”. E la sentenza del Tribunale di Roma che chiudeva il caso Welby non esitava ad affermare che “parlare di eutanasia nel caso di specie appare del tutto fuorviante da un punto di vista del rigore concettuale e della comprensione dei fatti.”

¹ Relazione tenuta al seminario “Fine vita tra diritto ed etica” che si è svolto il 5 giugno 2019 presso la sala Zuccari, palazzo Giustiniani. L'intervento costituisce una rielaborazione di uno scritto pubblicato sulla Rivista “Responsabilità medica” nel 2019.

² Trib. Roma, 23 luglio 2007.

³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁴ *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 371 ss.

⁵ Op. cit., p. 371.

⁶ Prefazione a M. Fioranelli e P. Zullino, *Io, Ippocrate di Cos*, Bari, 2008, p. XV.

⁷ *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 153 ss. E' il testo, aggiornato, della relazione tenuta al Convegno in memoria di Giorgio Oppo “*Uomo, persona, diritto*”, svoltosi a Roma nei giorni 6-8 maggio 2010.

Rassicurato da queste sentenze, con la mia risposta osavo parlare del “vuoto normativo che tale non è”⁸.

Perché mi esprimevo in questo senso? La vera ragione - lo confesso - era la scarsa fiducia in un Parlamento rissoso di cui non conoscevamo bene i possibili esiti legislativi

2. - La legge 219/2017 è in grado di smentire queste preoccupazioni? È una “buona legge”? La risposta cambia a seconda che l’interpretazione abbia ad oggetto i primi tre articoli ovvero gli articoli 4 e 5.

A) Nel primo caso la risposta, a mio avviso, può dirsi affermativa: ai primi tre articoli (e, forse, all’art. 5) va riconosciuto il merito di avere recepito gli indirizzi giurisprudenziali appena menzionati aprendosi anche alle più significative esperienze legislative europee.

La sintesi definitoria con cui la legge intende dettare “*norme in materia di consenso informato*” si rivela all’interprete una formula (parzialmente) mentitoria. In realtà, quella che “viene promossa e valorizzata” è la “relazione di cura” (art. 1, comma 2).

E’, questa, una svolta importante che riprende e sviluppa un orientamento già tracciato dalla legge n. 38/2010 sulle “cure palliative”, definite come “l’insieme degli interventi terapeutici, diagnostici e assistenziali, rivolti sia alla persona malata sia al suo nucleo familiare, finalizzati alla cura attiva e totale dei pazienti” (art. 2, lett. a).

Prendendo in prestito un’immagine cara a Paolo Grossi, il “consenso informato” è un *punto*, una volontà “puntiforme” che si esaurisce ed esaurisce con sé, in un unico istante, ogni possibilità di espressione (P. Zatti); la relazione di cura è una *linea*, lungo la quale si svolge, e si evolve, la volontà del paziente, assunta non come punto di partenza, ma come punto di arrivo. Nessuna traccia del consenso informato è data rinvenire nei principi costituzionali, che legano la tutela della salute alla dignità e alla libertà della persona. Più che all’autodeterminazione – vocabolo relativamente nuovo, dal forte accento anglosassone che lo rende per molti aspetti estraneo alla nostra cultura - la nostra Costituzione presta attenzione alla non imposizione di un trattamento sanitario, quasi che la garanzia dei valori fondamentali che si legano alla persona umana debba seguire la via del *rispetto* piuttosto che quella del *consenso* (V. Calderai).

Muovendosi in questa direzione, la nostra legge arricchisce i contenuti della relazione di cura mutuando dalla francese *Loi Leonetti* (*Loi n. 2005-370*, art. 1) il principio che impone al medico di

⁸ Op. cit., p. 158.

“astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati” (art. 2, comma 2) e, aggiungendo un riferimento essenziale al vincolo della “fiducia”, che deve anzitutto caratterizzare la relazione di cura (art. 1, comma 2), consentire poi al paziente di incaricare, se lo vuole, “una persona di sua fiducia di esprimere il consenso in sua vece” (art. 1, comma 3), legittimarlo infine (art. 4, comma 1) a indicare, in sede di redazione di “disposizioni anticipate di trattamento”, un vero e proprio “fiduciario” (in analogia alla figura del *Betreuer*, introdotta nel *BGB* dalla legge tedesca del 2009 (*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*) che “faccia le veci [del paziente] e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie” .

Inoltre, ponendo fine a una lunga stagione divisiva della dottrina, la legge ha letteralmente tradotto in una norma – art. 1, comma 5 - l’assunto categoricamente formulato dalla Corte di cassazione a proposito del “caso Englaro”, secondo cui “non v’è dubbio che l’idratazione e l’alimentazione artificiali con sondino naso gastrico costituiscono un trattamento sanitario”; e, facendo riferimento all’esperienza di interazione tra cure palliative e terapia del dolore secondo i principi dettati dalla ricordata legge in argomento, ha ritenuto di specificare che “in presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può, con il consenso del paziente, ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore” (art. 2, comma 2).

Vanno, infine, segnalate due peculiarità che valgono ad attribuire alla legge un carattere di novità: una puntualizzazione e un silenzio-

La puntualizzazione potrebbe apparire a prima vista banale e inutile; ma nella pratica medica più al contrario avere effetti dirompenti. Stabilire che “il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura” (art. 1, comma 8) significa attribuire un senso preciso e una dimensione sostanziale alla relazione di cura; significa evidenziare la dignità della persona del paziente (art. 1, comma 1); significa responsabilizzare il medico (art. 1, comma 2); significa, finalmente, che -come si legge nella bella motivazione della più volte ricordata sentenza sul “caso Englaro” - “c’è spazio – nel quadro dell’alleanza terapeutica che tiene uniti il malato e il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell’ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”.

Il silenzio è l'altra faccia di una presunta omissione consistente nella mancata previsione di una norma parallela a quella introdotta, a suo tempo, dalla legge n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza e avente per oggetto la disciplina dell'obiezione di coscienza da parte del medico. Due sono in teoria le possibili reazioni di fronte a questo silenzio: la prima sarebbe la denuncia di una vistosa disparità di trattamento tra due fattispecie legislative accomunate da una condotta del medico diretta a porre fine alla vita di un essere umano; la seconda sarebbe la negazione in radice del parallelismo. Quest'ultima sembra essere l'interpretazione corretta; è l'altra faccia del silenzio, di un silenzio rassicurante, in piena coerenza con le sentenze da cui siamo partiti.

B) Si è scritto che “la disciplina prevista per le Dat costituisce la parte più significativa dell'intero dettato normativo” (S. Delle Monache). Personalmente, ho qualche dubbio.

Macchinoso e incerto appare il coordinamento tra il personalismo ispirante l'asserita libertà individuale di “esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari” (art. 4, comma 1) e le formalità della “redazione” e della “consegna” dello strumento - la DAT – (art. 4, comma 6).

A fronte di una esasperata formalizzazione di quella che assume la struttura di una vera e propria “volontà negoziale” (F.G. Pizzetti) vien fatto di chiederci se non sarebbe stato preferibile “prevedere come modalità tipica di dichiarazione delle DAT la loro ricezione da parte di un medico” (D. Carusi).

In effetti, non può non apparire paradossale che qui il paziente si possa (*rectius*, si debba) incontrare con notai, funzionari o strutture pubbliche ma non si preveda alcun “incontro” tra “l'autonomia decisionale del paziente e l'autonomia professionale del medico” (art. 1, comma 2). La figura del medico è richiamata dall'art. 4 soltanto al quinto comma, per stabilire *sic et simpliciter* che “il medico è tenuto al rispetto delle DAT”).

È sconcertante constatare come la legge si sia voluta allontanare, per malinteso scrupolo di rigore formale e di perfezionismo burocratico, nonché per uno smodato ossequio al potere di autodeterminazione del paziente, dalle leggi europee da cui pure ha preso le mosse.

La *Loi Leonetti*, ricalcando l'art. 9 della Convenzione di Oviedo, prevede all'art. 7 una DAT semplice ed essenziale. “Può redigerla qualsiasi persona maggiore di età indicando i desideri [*souhais*] relativi al proprio fine-vita concernenti le condizioni poste in ordine alla limitazione o alla cessazione del trattamento. Il medico ne tiene conto per qualsiasi decisione di ricerca, di

intervento o di trattamento concernente il paziente. Un decreto del Consiglio di Stato definisce le condizioni di validità, di confidenzialità e di conservazione delle direttive anticipate”.

La legge tedesca di modifica del *BGB* capovolge il rapporto tra direttiva anticipata (*Patientenverfügung*) e “fiduciario” (*Betreuer*) ravvisando nella individuazione di un fiduciario un *prius* rispetto all’esistenza (non necessaria: § 1901, a.4), di una direttiva anticipata, per la quale è richiesta la semplice forma scritta. Quando questa sussista, il fiduciario ha il compito di “esternare e far valere la volontà del paziente” (§ 1901, a. 1). In mancanza di direttiva, egli è tenuto a “accertare le cure mediche desiderate dal paziente o la sua volontà presunta” (§ 1901, a.2) e a partecipare con il medico- che abbia accertato quale trattamento medico sia indicato con riguardo allo stato complessivo del paziente e della prognosi – a un colloquio per discutere tale trattamento tenendo conto della volontà del paziente” (1901, b.1).

Viene alla luce, a questo punto, un ulteriore, ancor più inquietante paradosso.

Il rifiuto di inutili formalismi e di eccessi burocratici, che contraddistingue entrambe le leggi appena richiamate; la valorizzazione dei “*desideri*” del paziente (di cui il medico deve “*tener conto*”), da parte della legge francese; il riconoscimento di una responsabilità primaria al *fiduciario* nel partecipare al colloquio con il medico “*tenendo conto*” della volontà del paziente, da parte della legge tedesca, sono i segnali di un modo di intendere le “*direttive* anticipate” in armonia con le caratteristiche solidali della relazione di cura.

Orbene, questi segnali, clamorosamente disattesi dalla disciplina delle nostre “*disposizioni* anticipate di trattamento” - rivestite di formalismi e di cavilli burocratici; sensibili al mito del potere esclusivo di autodeterminazione del paziente e di una implausibile sudditanza del medico; consapevoli di aver ingabbiato la figura del fiduciario nelle maglie rigide del sistema istituzionale – trovano sorprendentemente ascolto (art. 5, comma5) nella norma che disciplina, con ben diversa apertura la “pianificazione condivisa delle cure”.

E’, questa, la vera norma “nuova” della nostra legge. Ne è prova l’affermazione del principio della condivisione come criterio-guida per la realizzazione di una pianificazione delle cure a fronte “dell’evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta” (art. 5, comma 1); il conseguente richiamo ai commi 2 e 3 (e non al comma 6) dell’art. 1; il recupero, grazie a tale richiamo, della identità “fattuale” del fiduciario come “persona di fiducia” del paziente.

Ben si spiega, allora, il particolare rigore che l'art. 5 attribuisce al principio per cui "il medico e l'*équipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi alla pianificazione qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità": un rigore che non è dato riscontrare in caso di DAT, le quali "possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue" (art. 4, comma 5).

3. - Scrutare il futuro significa in primo luogo alimentare speranze di una rilettura armonica della legge attraverso un'interpretazione aggregante delle singole norme – in particolare, degli artt. 4 e 5 - capace di dar vita e concreta operatività a un "nuovo diritto per la relazione di cura".

Ma il futuro (un immediato futuro: per intenderci, da oggi al prossimo 24 settembre) potrebbe indurci a riflettere su eventuali nuovi interventi legislativi suscettibili, in ipotesi, di scardinare la coerenza ermeneutica dell'auspicato "nuovo diritto".

Evidente è il riferimento all'ordinanza della Corte costituzionale (n.207/2018) che, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, ha sospeso il giudizio in corso fino a quella data per valutare "l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela". Più specificamente l'ordinanza ha inteso segnalare che "una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte , potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima".

Numerosi sono gli spunti di riflessione suscitati dagli argomenti addotti a sostegno di questa segnalazione.

Si tratta anzitutto di valutare se "lo spirito" della "nuova legge" è davvero dissonante dalla "legislazione oggi in vigore [che] non consente al medico che ne sia richiesto di mettere a disposizione del paziente ... trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte".

Occorre, più specificamente, verificare se “la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte” possa costituire una semplice “opzione” da inserire nel quadro della disciplina dettata da una legge che all’art. 1 si propone di tutelare “il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona”.

Val la pena, comunque, di chiarire se il concetto di “dignità” che l’ordinanza in questione identifica nella “propria visione della dignità” che il singolo individuo esprime in simbiosi con il proprio diritto all’autodeterminazione sia, o meno, rispettoso del principio costituzionale del “dover-essere della dignità” (V. Scalisi).

Rimane, poi, da capire se questa “idea di morte dignitosa” potrebbe comunque essere “imposta” al medico o se si renderebbe necessario togliere dal silenzio il principio dell’obiezione di coscienza.

Ma, soprattutto, mi chiedo se dovrei idealmente ritirare la mia risposta rassicurante a Giorgio Oppo, confessando a distanza di tempo che aveva ragione Lui quando scriveva che “si finisce con l’ammettere l’eutanasia”.

CATALDO ZUCCARO

Relazione al seminario “Fine vita tra diritto ed etica¹”

Premessa

L’itinerario che viene proposto ha come obiettivo quello di accostarsi all’evento del morire, interpretato in chiave teologica e morale. La speranza è quella di poter ricevere qualche indicazione che aiuti la comprensione di questo evento che non può essere eliminato dal contesto del vivere socialmente strutturato. La prospettiva non è tanto quella di parlare della morte, ma del morire, consapevoli e convinti che è solo il verbo che rende attuale il sostantivo: non la morte, dunque, ma il morire come atto del vivente. Pertanto, dopo un primo momento di ascolto dell’antropologia e della filosofia nella storia (I), verrà presentata la teologia della morte di Gesù (II) e, infine, su queste basi, si cercheranno elementi significativi per l’etica e il diritto, cioè per il vivere socialmente strutturato (III).

1. Ascoltando l’eco dell’esperienza: tra antropologia e metafisica

Particolare fortuna, lungo la storia, ha avuto il celebre detto di Epicuro: “La morte, che è il male che più ci spaventa, non è niente per noi; infatti, quando ci siamo noi, la morte non c’è; quando c’è la morte, non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c’è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci”². L’immagine di Lucrezio, forse meno nota, è ancora più plastica: “Nella vera morte non ci sarà un altro se stesso che possa, da vivo, piangere la perdita di sé e, stando in piedi, lamentarsi di giacere a terra e d’essere sbranato o bruciato”³. Insomma, la morte è un ospite che non reca fastidio, perché non fa in tempo ad arrivare che già è andato via⁴.

In realtà, il “sofisma dell’inesistenza della morte” si scioglie nel suo contrario, dal momento che è proprio quando noi ci siamo che c’è la morte, poiché quando noi non ci siamo più o non ci siamo ancora neanche la morte c’è. Il fatto è che solo l’essere cadavere è senza io. Il morire, al

¹ Relazione tenuta al seminario “Fine vita tra diritto ed etica” che si è svolto il 5 giugno 2019 presso la sala Zuccari, palazzo Giustiniani.

² ΕΠΙΚΟΥΡΟΣ, *Επιστολή πρὸς Μενεικέα* [EPICURO, *Lettera a Meneceo*].

³ LUCREZIO, *De rerum natura*, III, 880-885.

⁴ Cfr. SENECA, *Epistulae ad Lucilium*, IV.

contrario, è sempre con l'io. Ecco perché è il verbo che dà vita al sostantivo. Ecco perché, come scrive il nostro Cesare Pavese, “verrà la morte e avrà i tuoi occhi”. Per Xavier Tilliette, compianto filosofo gesuita francese, l'io e la morte giocano a nascondino, perché si vedono sempre di spalle, sino a quando finalmente si incontrano in un “abbraccio incestuoso”, a causa della loro consanguineità. E Vladimir Jankélévitch, uno dei maestri di Tilliette, diventato in seguito suo amico, parla de “la mort intra-vital”, che cioè si nasconde e cresce nutrendosi della vita, al punto tale che “se si scava sotto le apparenze e, perforando la cortecchia si entra dentro il rivestimento, si scopre il rovescio della parte dritta e l'altra faccia delle cose: una spaventosa carcassa che era travestita da epidermide”⁵. Dunque il morire è un atto del vivente, anzi, è l'atto con il quale l'uomo compie e realizza pienamente la sua vita, non solo in termini cronologici, ma anche sotto il profilo della realizzazione personale, come insegna Heidegger.

Di fatto, l'intera vita dell'uomo si trova racchiusa, come un'inclusione, tra il pianto del neonato e il rantolo del morente. Non sono soltanto espressioni biologiche, ma possono diventare una sorta di parabola metafisica dell'uomo che appare come un essere indigente, vulnerabile, che ha bisogno di chi raccolga il suo pianto per poter vivere. Ci sono varie forme storicamente determinate di vulnerabilità e di indigenza che spesso sono rese drammatiche -o addirittura create- dalle ingiustizie sociali. Esse vanno superate e vinte, nell'interesse di chi ha bisogno. Ma ci sono una vulnerabilità e un'indigenza che appartengono alla persona in quanto tale e che, pertanto, sono costitutive e strutturali. Esse sono le sentinelle che vegliano sull'uomo perché egli viva sempre nella consapevolezza di essere un “eterno mortale” che, da sé, non riuscirà mai a superare il limite della morte, con buona pace del progetto del postumanesimo.

Questa sorta di antropologia dell'indigenza e della vulnerabilità determina la domanda etica di decidere in coscienza quale senso dare alla propria condizione di bisogno e alla concomitante apertura all'altro⁶. Infatti, ciascuno si trova simultaneamente nella condizione di chi rivolge all'altro la propria domanda di essere per ricevere aiuto e di chi viene raggiunto dalla domanda di essere dell'altro che gli chiede aiuto. Per tornare alla metafora menzionata, la persona deve decidere se accogliere il pianto del neonato, provando a darvi risposta nella misura del concretamente possibile, oppure reagire con indifferenza o sopraffazione. Questa decisione è la scelta del paradigma etico

⁵ V. JANKELEVITCH, *La mort*, Flammarion, Paris 1977, 46-47.

⁶ Cfr. M. MERLEAU-PONTY, *Le visible et l'invisible*, Gallimard, Paris 1964; A. MACINTYRE, *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*, Open Court, Chicago 1999; E. C. GILSON, *The Ethics of Vulnerability: A Feminist Analysis of Social Life and Practice*, Routledge, London & New York 2014.

radicale della propria vita: l'egoismo oppure l'altruismo. Ma, se ha senso l'intreccio inestricabile tra vivere e morire, questa decisione toccherà anche il senso del proprio morire.

Prima di procedere, è opportuno raccogliere alcune schematiche indicazioni: innanzitutto va ricordato che il morire fa parte del vivere e, pertanto, è oggetto di decisione di coscienza. Anzi, tale decisione ci rende radicalmente insostituibili, proprio come l'amore: nessuno può sostituire la persona amata con un'altra, nessuno può decidere per un altro, nessuno, sebbene possa dare la vita per un altro, può tuttavia vivere come propria la morte di lui. In secondo luogo, occorre prendere coscienza che l'autonomia di una tale decisione non avviene mai al di fuori di un contesto di relazione. Infatti, partendo dall'antropologia dell'indigenza, si capisce come la relazionalità sia costitutiva della persona e non solo accidentale. Fa parte del *software* e non è semplicemente una *app*. Non dipende dalla persona essere in relazione: dalla persona dipende come vivere e che senso dare alla relazione.

2. «E Gesù, emesso un alto grido, spirò» (Mt 27,50; Mc 15,37). L'eco del grido di Gesù

Dentro l'orizzonte antropologico diventa opportuno raccogliere la rivelazione della morte di Gesù, mostrando come in questo evento non solo sia possibile ritrovare gli elementi umani precedentemente emersi, ma coglierne anche alcuni che possano diventare significativi per gettare luce sul tema del fine vita sotto il profilo etico e giuridico. La teologia sottolinea come la morte di Gesù non sia stato un incidente di percorso e, sebbene sia avvenuta in seguito al suo rapporto critico con le istituzioni religiose e politiche del suo tempo, non trovi nemmeno qui la sua ragione profonda. La *password* che apre la comprensione dell'evento della croce è invece l'amore, inteso come relazione obbediente alla volontà del Padre e come relazione solidale, di vicinanza e di condivisione con gli uomini peccatori. A differenza del contesto religioso dei suoi contemporanei, che esigeva il rifiuto dei peccatori come condizione di adesione a Dio, Gesù mostra che, al contrario, è proprio l'adesione a Dio che esige la vicinanza con i fratelli peccatori. È quanto ricorda la lettera agli Ebrei:

“Per questo, entrando nel mondo, Cristo dice: «Tu non hai voluto né sacrificio né offerta, un corpo invece mi hai preparato. Non hai gradito né olocausti né sacrifici per il peccato. Allora ho detto: Ecco, io vengo - poiché di me sta scritto nel rotolo del libro - per fare, o Dio, la tua volontà»” (Eb 10, 5-7).

La morte di Gesù dunque è frutto di una decisione personale, presa in riferimento alla volontà del Padre e alla condizione dei fratelli, cioè di tutti gli uomini e le donne. Tale decisione, che consiste nel vivere come risposta al bisogno di essere degli altri, è il filo rosso che ha attraversato e motivato eventi e momenti della vita terrena di Gesù: una vita versata per gli altri in obbedienza alla volontà del Padre. Se la morte è l'eredità che di fatto e comunque ogni uomo è chiamato a fare propria, la decisione di vivere spendendosi per il bene di chi ha bisogno diventa una possibile ermeneutica della propria morte. Questa, infatti, appare il risultato logico di una vita donata, l'evento nel quale la donazione di sé si compie nella sua totalità.

Nel vangelo di Giovanni, il dinamismo della morte, intesa come totale dono di sé, si può scorgere nella frase iniziale con la quale l'evangelista introduce l'episodio della lavanda dei piedi (cfr. Gv 13): "Gesù avendo amato i suoi che erano nel mondo li amò sino alla fine". Lo stesso evangelista rivela al lettore il senso di quel "fino alla fine" ponendo sulla bocca di Gesù morente in croce come ultime parole "Ecco, ora davvero tutto è stato fatto" (Gv 19,30) [Ihsou/j ei=pen\ tete,lestai(kai. kli,naj th.n kefalh.n pare,dwken to. pneu/ma]. L'amore fino alla fine va inteso in senso cronologico, cioè fino all'ultimo respiro, ma anche in senso intensivo, cioè come un amore del quale non si può pensare uno più grande. Non solo, ma il verbo greco usato all'indicativo perfetto indica che, nell'evento della morte, Gesù ha compiuto l'atto di obbedienza che aveva promesso al Padre venendo nel mondo come uomo: "Ecco, io vengo, o Padre, per fare la tua volontà". Solo ora, nell'atto del morire, Gesù può dire: "ho fatto ciò che mi chiedevi e che ti avevo promesso".

Si potrebbe evidenziare un ulteriore aspetto del senso che il morire di Gesù assume nella tradizione cristiana: il legame con la finitezza e il limite, propri dell'uomo che si riconosce creatura di Dio. In qualche misura questa dimensione emerge maggiormente se -come suggerisce san Paolo- viene posta a confronto con lo sforzo prometeico di Adamo di rapinare e usurpare l'immortalità. Nella lettera ai Filippesi 2,6-11, l'apostolo mette a confronto l'atteggiamento di Adamo e quello di Cristo. Il primo, pur essendo uomo mortale, vuole vincere il limite della morte rivendicando l'immortalità e riscattando la sua autonomia dalla dipendenza di Dio. Gesù, al contrario, pur essendo Dio, ha vissuto la morte fino in fondo, accettandone il limite proprio di ogni uomo, in obbedienza alla volontà del Padre. Da una parte, il sogno di sempre di vincere la morte attraverso l'immortalità, cioè *bypassando* l'esperienza del morire, dall'altra parte, invece, la discesa nell'abisso metafisico della morte per vincerla dal di dentro, mediante la risurrezione. Il senso della

morte di Gesù non consiste nella realizzazione dell'immortalità, perché la morte continua ad essere eredità di ogni uomo. La sua vicenda manifesta, piuttosto, che soltanto attraverso l'accettazione del limite estremo della morte è possibile il suo superamento. Pertanto, come in modo icastico scrive Paolo: "Se infatti siamo stati completamente uniti a lui con una morte simile alla sua, lo saremo anche con la sua risurrezione" (Rom. 6,5).

È possibile sintetizzare quanto detto mettendo in risalto almeno tre spetti della morte di Gesù, i quali possono diventare significativi per la morte di ogni uomo: il legame con una vita vissuta come relazione di dono nei confronti degli altri, l'evento finale che compie in modo definitivo un compito ricevuto, l'accettazione del limite estremo che, per il credente, rende possibile l'evento della risurrezione.

3. Prolungamento interpretativo per un'etica del fine vita

3.1. Oltre l'idolatria della vita e l'idolatria della morte

La prima luce che si può raccogliere dalla concezione antropologica e dalla narrazione teologica è il legame inestricabile tra il vivere e il morire. Pertanto, non si deve mai dimenticare che chi vive sta in realtà morendo, così come chi muore sta vivendo: il vivere, infatti, non è immortale e il morire non è mai senza vita. Il recupero dell'esperienza del morire dentro il dominio della vita determina il superamento di una sorta di «idolatria della vita», come se questa esperienza di vita non dovesse mai aver fine. Una tale ideologia assume diversi volti: dall'antico sogno dell'immortalità all'avveniristico progetto del *posthuman*, passando attraverso un vitalismo che si incarna nelle diverse forme di ostinazione terapeutica.

Ma il legame tra la morte del vivente e la vita del morente conduce anche alla necessità di assumere l'esperienza del morire come un evento che interpella la coscienza del morente e lo chiama a deciderne il senso. Da qui la necessità di interrogarsi sulla legittimità di alcune impostazioni etiche che sostituiscono l'oggetto della decisione sul fine vita con un contenuto di natura diversa. Si pensi, per esempio, a quando si decide di porre fine alla vita per evitare la sofferenza. In questo caso, in realtà, si tratta di due decisioni che vanno prese in modo distinto, sebbene abbiano un'innegabile legame l'una con l'altra. Infatti, l'oggetto della decisione circa la sofferenza non è, di per sé, lo stesso che riguardo l'evento del morire; confonderli rischia di strappare alla morte la sua profondità e il suo carattere di definitività. Lungi dal pensiero di sacralizzare una sofferenza inutile: il dolore va combattuto e la medicina palliativa ha fatto e sta

facendo passi notevoli nella capacità di rispondere alle diverse tipologie di dolore. Nondimeno il morire non può essere svilito e declassato ad una specie di «decisione di sponda»: per non soffrire procuro la morte. Il piano della risposta (la morte) non è lo stesso piano della domanda (il dolore). Sulla base di queste osservazioni è possibile superare quegli atteggiamenti che, con termini ormai troppo carichi di ideologia, vengono comunemente indicati come accanimento terapeutico ed eutanasia. Non si può sottrarre il morire al vivere, perché non esiste una vita senza morte. Non si può sottrarre il vivere al morire, perché non esiste una morte senza vita. Occorre andare oltre «l'idolatria della vita» e «l'idolatria della morte».

3.2. La decisione: sempre personale, ma mai solitaria

Ripensare l'evento del morire dentro il dominio della vita comporta anche la necessità di sottrarlo al regno dei fatti bruti, che accadono senza recare l'impronta della libera e consapevole responsabilità della persona. Il morire come atto supremo del vivente diventa, pertanto, oggetto di decisione di coscienza da parte del morente; egli è l'unico ermeneuta della sua morte. Ciò vuol dire che il malato terminale, nella misura in cui ne è capace e competente, è il titolare del discernimento circa le eventuali terapie da adottare, continuare o sospendere. Nel caso questo non accadesse, saremmo di fronte ad una «morte espropriata» del soggetto, che sarebbe privato di un diritto fondamentale.

La titolarità del malato terminale circa la decisione sulla sua morte non deve dimenticare la dimensione relazionale della persona e del dinamismo della decisione di coscienza. Da qui la consapevolezza che solo il paziente è titolare della decisione sulla propria morte, ma mai da solo. Nel dinamismo della decisione dovrà tener conto delle relazioni nelle quali è costituito e che deve assumere come moralmente significative per evitare che la sua coscienza vada incontro ad una scelta arbitraria e falsa. In tal senso, un ruolo importante è rappresentato dai medici con i quali si stabilisce un'alleanza terapeutica che aiuti il malato a capire la reale condizione in cui si trova e il medico a conoscere le convinzioni di vita del malato. Lo stesso va detto della relazione con la famiglia o con la figura di una persona designata i quali possono, eventualmente, diventare il prolungamento interpretativo della volontà del malato, ma mai sovrapporsi ad essa⁷.

⁷ «È anzitutto lui [il paziente] che ha titolo, ovviamente in dialogo con i medici, di valutare i trattamenti che gli vengono proposti e giudicare sulla loro effettiva proporzionalità nella situazione concreta, rendendone doverosa la rinuncia qualora tale proporzionalità fosse riconosciuta mancante. È una valutazione non facile nell'odierna attività medica, in cui la relazione terapeutica si fa sempre più frammentata e l'atto medico deve assumere molteplici

Alla luce della concezione cristiana della morte, intesa come risposta obbediente a Dio nel dono di sé ai fratelli, particolare importanza riveste il tema del discernimento per stabilire se e quando alcuni trattamenti di fine vita siano da considerarsi proporzionati o sproporzionati⁸. Nel processo del discernimento occorre tener presente le limitatezze delle risorse mediche e la loro distribuzione che, su scala mondiale, non è sempre omogenea⁹. La necessità di un riassetto globale dei sistemi sanitari diventa urgente, pur nella consapevolezza di tempi di realizzazione progressivi e non immediati. Non si vede come giustificare il fatto che lo stesso protocollo terapeutico possa essere sproporzionato dentro un sistema sanitario e proporzionato dentro un altro. Se è proporzionato alla cura di un malato con una particolare patologia, il mezzo terapeutico deve esserlo per tutti i malati che versano nelle stesse condizioni; diversamente per alcuni la rinuncia (forzata) ad esso si configura come un atto di eutanasia, se non nelle intenzioni, almeno nei fatti. In questo caso non si tratta di accettare il limite dell'uomo come essere mortale, ma di subire un processo storico che ha creato un'ingiusta disuguaglianza sociale.

3.3. Il limite invalicabile: accettazione e speranza (*spiro/spero*)

Prima di terminare queste suggestioni va segnalato come la questione del fine vita è certamente la prova più evidente della finitudine dell'uomo. Alla luce dell'esperienza di Gesù, questo limite non può essere *bypassato*, rimosso, ma va accettato e vissuto. Da qui l'invito alla ricerca, e in particolare alla medicina, ad impegnarsi non tanto sulla linea dell'immortalità, quanto piuttosto su quella della progressiva umanizzazione del fine vita. In questo senso è giusto affinare sempre meglio la cura contro il dolore, è giusta la ricerca per trovare risposte efficaci alle diverse forme di malattia. Ma non è logico e sarebbe pericoloso pensare che tutto questo possa alimentare un sogno di amortalità, quasi che ricacciando sempre più indietro la morte dall'esperienza della vita si intraveda la chimera dell'immortalità. A questo proposito rimane sensato il monito di Foucault, quando ricorda che se l'uomo muore non è per il fatto che si è ammalato, ma, al contrario, si

mediazioni, richieste dal contesto tecnologico e organizzativo” (FRANCESCO, «Messaggio ai partecipanti al meeting regionale europeo della *World Medical Association* sulle questioni del “fine-vita”», 16-17 novembre 2017).

⁸ “È dunque moralmente lecito rinunciare all'applicazione di mezzi terapeutici, o sospenderli, quando il loro impiego non corrisponde a quel criterio etico e umanistico che verrà in seguito definito «proporzionalità delle cure»” (Ibid.).

⁹ “Trattamenti progressivamente più sofisticati e costosi sono accessibili a fasce sempre più ristrette e privilegiate di persone e di popolazioni, ponendo serie domande sulla sostenibilità dei servizi sanitari. Una tendenza per così dire sistemica all'incremento dell'ineguaglianza terapeutica. Essa è ben visibile a livello globale, soprattutto comparando i diversi continenti. Ma è presente anche all'interno dei Paesi più ricchi, dove l'accesso alle cure rischia di dipendere più dalla disponibilità economica delle persone che dalle effettive esigenze di cura” (Ibid.).

ammala proprio perché fondamentale è mortale¹⁰. Non è dunque l'immortalità la strada che conduce alla vittoria sulla morte.

Eppure, non si può negare il desiderio che alberga dentro il cuore dell'uomo e gli fa sperare l'eternità¹¹. Questa speranza nella risurrezione e nella vittoria della vita sulla morte nasce proprio dall'interno del lacerante «abisso metafisico dell'abbandono di Dio» che il seguace di Cristo sperimenta, come è accaduto al maestro. Alla fine e come risultato di una vita donata al bene degli altri, Gesù trova la morte in croce che, momentaneamente, segna la sconfessione e lo scacco di quel modo di vivere. Visto la fine che ha fatto sarebbe difficile pensare che la sua impostazione di vita abbia avuto un grande successo; al contrario è palesemente andata incontro al fallimento. Ma proprio all'interno di questo evento disastroso della morte in croce è scritto il germe della vittoria sulla morte che diventa manifesto nell'evento della risurrezione. Quest'ultima non va considerata come un doppio salto mortale rispetto alla vita e alla morte che l'hanno preceduta; in qualche modo ne è il prolungamento interpretativo. Infatti, già dentro la vita vissuta in obbedienza alla volontà del Padre e donata ai fratelli era presente, in germe, la sconfitta della morte. Pertanto, il *logos* scritto dentro una vita donata è quello della morte; ma il *logos* scritto dentro questo modo di morire è quello della vita, così che è possibile capire che il *logos* della risurrezione è già scritto dentro il morire per gli altri. Ecco perché è vero affermare che finché c'è vita c'è speranza; ma è forse ancora più vero dire che finché c'è speranza c'è vita; però è soprattutto vero concludere che finché c'è amore c'è speranza e c'è vita¹².

¹⁰ Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Einaudi, Torino 1969.

¹¹ «L'istinto del cuore lo (l'uomo) fa giudicare rettamente, quando aborrisce e respinge l'idea di una totale rovina e di un annientamento definitivo della sua persona. Il germe dell'eternità che porta in sé, irriducibile com'è alla sola materia, insorge contro la morte. Tutti i tentativi della tecnica, per quanto utilissimi, non riescono a calmare le ansietà dell'uomo il prolungamento della longevità biologica non può soddisfare quel desiderio di vita ulteriore che sta dentro invincibile nel suo cuore» (CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, *Gaudium et spes*, 7. XII. 1965, 18.

¹² Sia lecito segnalare riflessioni più ampie ed approfondite in C. ZUCCARO, *Il morire umano. Un invito alla teologia morale*, Queriniana, Brescia 2002.

MARIA GRAZIA CABITZA

La dignità umana nel crepuscolo della vita. La centralità del giudice tutelare nella salvaguardia dei diritti inviolabili della persona

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il consenso informato al trattamento sanitario: dall'interpretazione costituzionalmente orientata alla legge n. 219 del 22 dicembre 2017. - 3. Un percorso ancora *in itinere*: le persistenti criticità nella disciplina sul fine vita e la confermata centralità dell'amministratore di sostegno e del giudice tutelare. - 3.1. Il paziente incapace: *quid iuris* in assenza di direttive anticipate di trattamento? - 3.2. Cenni di diritto comparato: legge italiana e legge francese a confronto. - 4. Conclusioni.

1. Premessa

Ringrazio gli organizzatori del convegno¹ per avermi dato l'opportunità di partecipare a questo momento di riflessione sul delicato tema del fine vita, del quale ho avuto modo di occuparmi nello svolgimento delle funzioni di giudice della persona e della famiglia.

E' proprio dal punto di vista pratico del giudice civile, chiamato ogni giorno ad assicurare la tutela in concreto dei diritti riconosciuti dall'ordinamento, che volgo lo sguardo sul mutato quadro normativo risultante dall'entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, frutto di quel nuovo contesto sociale e culturale che da tempo chiede che siano indicati, attraverso disposizioni normative largamente condivise, e, quindi, specchio dei valori etici comuni, quei limiti all'azione dell'uomo che un tempo erano ricavabili dalle stesse leggi naturali.

Il sorprendente sviluppo delle biotecnologie, che ha fortemente inciso anche sugli eventi naturali del nascere e del morire, ha fatto emergere, infatti, nuovi diritti e nuove istanze di tutela, volte ad assicurare il rispetto della volontà individuale e della dignità umana davanti alla sempre più incalzante invadenza della scienza e della tecnica².

¹ *Guai anche a voi, dottori della legge, che caricate gli uomini di pesi insopportabili, e quei pesi voi non li toccate nemmeno con un dito!* (Vangelo Luca, 11,46)

Relazione tenuta al convegno "Fine vita tra diritto ed etica" Roma, 5 giugno 2019, Senato della Repubblica, sala Zuccari, palazzo Giustiniani.

² Si inserisce a pieno titolo in questa mutata sensibilità, fatta propria anche da larga parte del mondo cattolico, la voce del Cardinale Carlo Maria Martini, il quale, in un articolo pubblicato da "Il Sole 24 ore" il 21 gennaio 2007, affida ai lettori la seguente riflessione: "*La crescente capacità terapeutica della medicina consente di protrarre*

È in questo fermento culturale che si inserisce la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, con la quale, seppur con notevole ritardo rispetto ad altri Paesi europei, è stata introdotta anche in Italia la prima disciplina organica sui delicati temi del consenso informato, nucleo centrale della relazione di cura tra medico e paziente³, delle disposizioni anticipate di trattamento e del fine vita.

2. Il consenso informato al trattamento sanitario: dall'interpretazione costituzionalmente orientata alla legge n. 219 del 22 dicembre 2017.

La legge, in netta antitesi con una visione paternalistica del rapporto tra medico e paziente, pone al centro della relazione di cura il consenso informato, presupposto e limite invalicabile

la vita pure in condizioni un tempo impensabili. Senz'altro il progresso medico è assai positivo. Ma nello stesso tempo le nuove tecnologie che permettono interventi sempre più efficaci sul corpo umano richiedono un supplemento di saggezza per non prolungare i trattamenti quando ormai non giovano più alla persona. È di grandissima importanza in questo contesto distinguere tra eutanasia e astensione dall'accanimento terapeutico, due termini spesso confusi. La prima si riferisce a un gesto che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte; la seconda consiste nella «rinuncia... all'utilizzo di procedure mediche sproporzionate e senza ragionevole speranza di esito positivo» (Compendio Catechismo della Chiesa Cattolica, n. 471). Evitando l'accanimento terapeutico «non si vuole... procurare la morte: si accetta di non poterla impedire» (Catechismo della Chiesa Cattolica, n. 2.278) assumendo così i limiti propri della condizione umana mortale».

³ Il principio del consenso informato, finalmente posto al centro della relazione di cura tra medico e paziente anche a livello di legge ordinaria, già trovava, infatti, ampio riconoscimento, in primo luogo, nell'art. 32 della Costituzione, che, stabilendo come nessuno possa essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, sancisce in maniera inequivocabile il diritto inviolabile di ogni individuo all'autodeterminazione in ambito sanitario e, nel contempo, costituisce il fondamento del correlativo obbligo del medico di astenersi dal praticare o dal protrarre trattamenti sanitari indesiderati, anche quando il valido dissenso manifestato dal paziente possa condurre alla morte dello stesso.

La lettura dell'art. 32 in combinato disposto con i principi di cui agli articoli 2 e 13 della Costituzione, inoltre, rendeva palese come l'autodeterminazione riconosciuta al paziente in campo sanitario fosse peculiare espressione delle libertà individuali e della dignità umana (v. per tutte Corte costituzionale n. 438 del 2008). Anche a livello internazionale il principio del consenso informato trovava da tempo esplicito riconoscimento; in particolare, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 (*Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina*) dispone chiaramente che “un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia espresso un consenso libero e informato”; l'art. 9, poi, dedicato alle direttive anticipate di trattamento, prevede, per l'ipotesi in cui l'intervento medico concerna un paziente che non sia più in grado di esprimere il proprio volere, che “devono essere presi in considerazione i desideri da lui precedentemente espressi.”. Con particolare riferimento poi al delicatissimo tema delle persone incapaci, l'art. 6 della Convenzione dispone che “Allorquando, secondo la legge, un maggiorenne, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, non ha la capacità di dare consenso ad un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge”. La Convenzione di New York del 1989, poi, con specifico riferimento ai minori, già evidenziava come il parere del minore dovesse essere preso in considerazione anche con riferimento alle scelte in campo sanitario, seppur in diversa misura in funzione dell'età e del grado di maturità del minore stesso, disponendo, infatti, all'art. 12 che: «Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità”. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, infine, disponeva espressamente, a sua volta, la necessità che nell'ambito della medicina e della biologia fosse “in particolare rispettato il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge” (art 2).

dell'agire del medico, e, partendo dalla chiara affermazione del diritto di ciascuno di rifiutare i trattamenti sanitari reputati contrari alla propria visione della vita, giunge a riconoscere piena validità ed efficacia alla volontà del paziente anche qualora dal rifiuto o dalla sospensione del trattamento possano derivare effetti pregiudizievoli per la propria salute e persino la morte⁴.

E' questo un approdo al quale la giurisprudenza era giunta da tempo, attraverso la diretta applicazione dei principi costituzionali e sovranazionali, che già fornivano solide fondamenta ad un concetto di salute del tutto nuovo, non più inteso quale oggettiva situazione "biologica" di mera assenza di malattia, bensì quale condizione fisica e psicologica di piena realizzazione della persona umana, da promuoversi non solo con riferimento al versante della "fisicità", ma anche con riferimento al rispetto dell'idea che ciascun individuo ha della propria identità e della propria dignità⁵.

Sono proprio i principi univocamente ritraibili dalla Carta costituzionale e dalle fonti sovranazionali che hanno costituito la linfa di quel percorso giurisprudenziale che ha consentito anche in Italia, pur in mancanza di una legge ordinaria che disciplinasse in maniera organica l'intera

⁴ Il Comitato nazionale per la bioetica nel 2003, nell'esprimere il suo parere sulle dichiarazioni anticipate di trattamento, tratteggia in modo esemplare la mutata prospettiva che governa la relazione di cura. Afferma il Comitato in quel parere che *«se il medico, in scienza e coscienza, si formasse il solido convincimento che i desideri del malato fossero non solo legittimi, ma ancora attuali, onorarli da parte sua diventerebbe non solo il compimento dell'alleanza che egli ha stipulato col suo paziente, ma un suo preciso dovere deontologico: sarebbe infatti un ben strano modo di tenere in considerazione i desideri del paziente quello di fare, non essendo mutate le circostanze, il contrario di ciò che questi ha manifestato di desiderare»*.

⁵ Interessante notare come le mutate coordinate che caratterizzano questo nuovo modo di intendere il rapporto medico paziente abbiano avuto importanti riflessi anche in relazione al diverso, seppur contiguo, ambito del risarcimento del danno derivante da colpa medica. Costituisce esemplare espressione di tale mutata sensibilità la recente decisione della Corte di Cassazione (presidente Travaglino, estensore Guizzi) con la quale è stato stabilito che in presenza di colpevoli ritardi nella diagnosi di patologie ad esito infausto l'area dei danni risarcibili non si esaurisce nel pregiudizio arrecato alla integrità fisica del paziente, ma include la perdita di quel "ventaglio" di opzioni con le quali è possibile affrontare la prospettiva della fine ormai prossima, apprezzabile in termini di qualità della vita residua. La Corte, in particolare, accogliendo il ricorso, censura la sentenza impugnata per aver identificato i danni risarcibili esclusivamente nella perdita di chance di guarigione o di più prolungata sopravvivenza alla malattia, ignorando il fatto che il ritardo diagnostico ha determinato anche *«la perdita diretta di un bene reale, certo ed effettivo (...) apprezzabile con immediatezza con riferimento al diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto»*. I giudici sottolineano l'autonomia di tale tipo di danno rispetto a quello da "perdita di chance", chiarendo che si è in presenza di un "evento di danno" e di un "danno risarcibile" rappresentato da tale "diversa e peggiore qualità della vita", da intendere anche nel senso di "mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo". Nel motivare la decisione adottata, Il Supremo Collegio fa riferimento sia alla legge 15 marzo 2010 n. 38 in materia di cure palliative (Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore), sia alla legge 22 dicembre 2017 n. 219 (Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento) attraverso le quali trova tutela, anche a livello di legge ordinaria, l'autodeterminazione del soggetto chiamato *«alla più intensa ed emotivamente pregnante prova della vita, qual è il confronto con la realtà della fine»*.

materia, la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nell'ambito della relazione di cura, laddove, proprio per la condizione di particolare fragilità derivante dalla malattia, è maggiormente avvertita l'esigenza di salvaguardare ai massimi livelli la libertà e l'autodeterminazione dell'individuo e, con esse, la sua dignità.

Nel nostro Paese, nel silenzio della legge, è stata, infatti, la giurisprudenza a ridefinire in senso costituzionalmente e convenzionalmente orientato il tradizionale rapporto medico – paziente, nella prospettiva di una sempre maggiore valorizzazione della volontà dell'individuo, giungendo, all'esito di un travagliato percorso, al pieno riconoscimento del diritto inviolabile della persona a rifiutare i trattamenti sanitari ritenuti insopportabili secondo la propria visione della vita, anche quando necessari per la sua stessa sopravvivenza.

Ripercorrere, seppur a grandi linee, tale travagliato percorso è utile per fare luce su taluni aspetti ambigui della nuova disciplina e fornisce sicure coordinate al giudice che di quella legge è chiamato a dare concreta applicazione.

Lo snodo fondamentale di tale percorso è rappresentato dalla decisione della Corte di Cassazione (n. 21748) del 16 ottobre 2007 sul noto caso di Eluana Englaro, che, unitamente al provvedimento del giudice penale sul caso Welby, ha evidenziato la vicinanza concettuale tra il dissenso a dare inizio ad un trattamento sanitario e il dissenso a proseguire il trattamento già in atto, anche qualora dalla decisione adottata dal paziente possa derivare la fine della sua stessa esistenza, in tal modo tracciando la via per l'affermazione in entrambi i casi di un'identica disciplina.

La sentenza con la quale il gup presso il Tribunale di Roma decise, nel luglio del 2007, il caso Welby costituisce, infatti, il punto di riferimento per l'ipotesi paradigmatica del rifiuto di trattamenti sanitari, anche di sostegno vitale, da parte del paziente maggiorenne e pienamente capace⁶.

Con riferimento, invece, al tema ancora più spinoso della sospensione dei trattamenti di sostegno vitale somministrati in favore di paziente incapace, che non abbia in precedenza espresso chiare indicazioni per il fine vita, è emblematico il caso di Eluana Englaro, deceduta il 9 febbraio

⁶ Con quella decisione il giudice, disponendo il proscioglimento dall'imputazione di omicidio del consenziente dell'anestesista che, previa sedazione del paziente, aveva interrotto il trattamento di sostegno vitale, così dando concreta attuazione alla volontà di Piergiorgio Welby, pose con chiarezza, a fondamento del provvedimento giurisdizionale adottato, proprio la volontà del paziente che, nella pienezza delle sue facoltà mentali, aveva optato per la sospensione del trattamento sanitario di sostegno vitale, in tal modo esercitando un diritto costituzionalmente riconosciutogli. Affermò il giudice che rispetto a tale fondamentale diritto non poteva che corrispondere, specularmente, il dovere del medico di operare per la cessazione di quel trattamento sanitario ormai ritenuto insopportabile, in tal modo rendendo concreta la volontà validamente manifestata in tal senso.

2009 in seguito alla sospensione dei trattamenti di nutrizione e idratazione artificiali, autorizzata con provvedimento della Corte d'appello di Milano, in applicazione dei principi espressi dalla Corte di Cassazione nella sentenza prima richiamata.

Con tale decisione il Supremo Collegio, riconosciuta la necessità della piena salvaguardia del principio di autodeterminazione terapeutica anche con riferimento alle persone incapaci, individuò negli istituti della tutela e dell'amministrazione di sostegno gli strumenti giuridici ai quali fare riferimento per rendere effettivo tale diritto e disegnò con chiarezza i limiti per il legittimo esercizio delle potestà attribuite a terzi per la miglior tutela degli interessi delle persone incapaci.

La Corte, con una esemplare decisione che ancora oggi costituisce imprescindibile punto di riferimento, precisò, infatti, che: *ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona".*

Ebbe cura di precisare ulteriormente la Corte che *"Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita"*.

Con la pronuncia in esame la Corte indica, dunque, le coordinate per un corretto bilanciamento tra diritti tutti di rilevanza costituzionale, operando una sintesi efficace tra tutela del diritto alla vita e rispetto della dignità personale.

Viene, infatti, affermata con chiarezza (superando le iniziali incertezze della dottrina e della giurisprudenza) la possibilità che il concreto esercizio dei diritti personalissimi dell'incapace (come, appunto, la salute e le decisioni di fine vita) possa trovare esplicazione attraverso il tutore o l'amministratore di sostegno, dato che altrimenti tali diritti inviolabili resterebbero privi di effettiva tutela, con grave *vulnus* del principio di uguaglianza e di non discriminazione; ma nel contempo viene affermata la legittimità di un siffatto esercizio solo nel caso in cui sia possibile, in assenza di chiare disposizioni anticipate di trattamento, una ricostruzione giudiziale, a posteriori, del dissenso alla prosecuzione del trattamento sulla base di chiari, precisi e concordanti elementi presuntivi.

Vi è da osservare che su tale snodo cruciale erano e sono in teoria possibili due diversi modi di ragionare:

1) Il primo fondato sull'accertamento di una volontà precedentemente manifestata dall'incapace (in maniera chiara e diretta ovvero ricostruita in via ipotetica), ed è l'approccio fatto proprio dalla Corte di Cassazione nella decisione in esame;

2) Il secondo, adottato da altri ordinamenti, fondato sul criterio oggettivo del c.d. miglior interesse del paziente incapace (*best interest*), che prescinde dalla volontà del paziente stesso. Soluzione quest'ultima adottata ad esempio in Inghilterra, dove in molte decisioni giudiziali il miglior interesse della persona incapace è stato ravvisato proprio nell'interruzione del trattamento, in considerazione del fatto che, all'esito di una valutazione di tipo oggettivo, incentrata sul responso tecnico del medico, la condizione in cui versava il paziente si era ritenuto si sostanziasse, in realtà, "*in niente di più che in una morte vivente*" (traducendo letteralmente l'inciso riportato in alcune sentenze del giudice inglese: *in reality no more than a living death*).

Anche in Francia, dopo la riforma del 2016, si assiste ad un approccio simile, come si illustrerà meglio in seguito.

La strada maestra tracciata dal Supremo collegio rifugge dunque da tale ultima prospettiva e si fonda, condivisibilmente, sulla considerazione secondo la quale la libertà di rifiutare le cure, soprattutto quelle che coinvolgono il delicato tema della fine della vita, presuppone il ricorso a valutazioni esistenziali squisitamente soggettive che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e sul concetto che si ha di se stessi e della propria dignità. Pertanto, il ruolo del rappresentante legale (tutore o amministratore di sostegno) non può essere quello di far valere

una decisione che rispecchi la sua personale concezione della vita, quanto piuttosto quello di far emergere la decisione che il rappresentato avrebbe adottato in quella particolare situazione⁷

A partire dalla sentenza sul caso Englaro diventa, dunque, chiaro a tutti che dall'inesistenza o dalla perdita della capacità di intendere e di volere non può farsi discendere anche l'inesistenza o la perdita del diritto di autodeterminazione in ambito sanitario, trattandosi di un diritto inviolabile della persona, necessariamente strumentale alla piena salvaguardia della dignità umana.

La negazione di un tale diritto in capo alle persone incapaci sarebbe, infatti, del tutto inconciliabile con il principio di uguaglianza sancito dall'art 3 della nostra Carta Costituzionale, e, altresì, con il divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Restava, invece, ancora fortemente dibattuta la questione riguardante l'efficacia delle cosiddette direttive anticipate di trattamento, in mancanza di una legge che ne assicurasse la vincolatività.

Vi è da ricordare, infatti, che secondo la tesi all'epoca dominante le direttive anticipate di trattamento rappresentavano per il personale sanitario mere indicazioni di cui eventualmente tenere conto, ma non esplicavano alcuna efficacia cogente, come d'altro canto espressamente stabilito dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo e dal Codice di deontologia medica del 2006.

L'ostacolo principale era individuato nella mancanza dei requisiti della concretezza e dell'attualità, specie in relazione a disposizioni redatte a notevole distanza di tempo⁸.

⁷ In dottrina, per una critica in ordine ai criteri indicati dalla Corte, ritenuti vaghi e fonte dunque di incertezze, cfr. D'Avak, *Il rifiuto delle cure del paziente in stato di incoscienza*, in *Trattato di biodiritto, Il governo del corpo*, tomo II, cit., 1927; Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 4, 1060 ss.; ID., *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1, 105 ss.; Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 1,, 33 ss.; Nivarra, *Autonomia biogiuridica e tutela della persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 3, 740 ss.

⁸ In più occasioni la Corte di Cassazione aveva, infatti, ribadito come eventuali manifestazioni di volontà riguardanti trattamenti sanitari da eseguirsi in futuro avrebbero potuto ritenersi efficaci e vincolanti solo se espresse in relazione ad una specifica situazione concreta, della quale il paziente conosca le caratteristiche essenziali. In tal senso, tra le altre, v. Cass. 23 febbraio 2007, n. 4211; Cass. 15 settembre 2008, n. 23676.

La giurisprudenza era giunta, dunque, ad attribuire rilevanza alle manifestazioni di volontà in precedenza manifestate nel senso del rifiuto di un determinato trattamento sanitario, anche nel caso in cui dalla sua omissione fossero derivati eventi infausti, ma solo qualora fosse stato possibile accertare che tale volontà era stata validamente manifestata nella piena consapevolezza dei benefici del trattamento sanitario e dei concreti rischi per la salute derivanti dalla sua omissione, e cioè solo nel caso in cui fosse stato possibile riconoscere attualità e concretezza, e quindi anche necessaria vicinanza nel tempo, del dissenso manifestato.

Pertanto, i desideri precedentemente espressi dall'interessato, se privi dei necessari requisiti della attualità e della concretezza, mai avrebbero potuto neutralizzare l'obbligo giuridico del medico di prestare le cure necessarie per la tutela della vita e della salute del paziente.

In tale contesto interviene ancora una volta la giurisprudenza di merito che, traendo linfa dalla decisione sul caso Englaro, giunge ad individuare proprio nell'istituto dell'amministrazione di sostegno lo strumento idoneo ad assicurare, nel silenzio della legge, vincolatività alle direttive anticipate di trattamento⁹.

In particolare, in numerose decisioni è stata, infatti, ritenuta accoglibile la domanda giudiziale proposta dall'interessato ancora capace, ma in condizioni di salute tali da far ritenere imminente una perdita della coscienza, per la nomina di un amministratore di sostegno al quale affidare il compito di far valere i desideri sui trattamenti sanitari e sul fine vita manifestati nell'atto di designazione di cui al secondo comma dell'art. 408 cod. civ.¹⁰.

Si trattava per lo più di procedimenti riguardanti persone che si trovavano (già) ricoverate in ospedale oppure in attesa di ricovero per interventi chirurgici da effettuarsi previa anestesia, e quindi perdita di coscienza; ovvero riguardanti persone ancora pienamente capaci ma in situazioni di salute tali da far prevedere, in un futuro più o meno immediato, la perdita della capacità (si pensi ai malati di sla).

Parte della giurisprudenza, poi, facendo un ulteriore passo in avanti, proprio al fine di assicurare vincolatività ai desideri in precedenza espressi dall'interessato anche per il caso di inaspettata perdita di coscienza derivante da improvvisa malattia o trauma imprevisto, è persino giunta a ritenere possibile la nomina di un amministratore di sostegno *pro futuro*, riconoscendo in

⁹ Tribunale Modena, 13 maggio 2008; Tribunale Bologna, 4 giugno 2008; Tribunale Vibo Valentia, sez. distaccata Tropea, 30 novembre 2005; Tribunale Roma, 21 dicembre 2005; Corte d'Appello Cagliari 16 gennaio 2009.

¹⁰ Dispone testualmente l'art. 408 c.c.: *“La scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario. L'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato, in previsione della propria eventuale futura incapacità, mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso. Nella scelta, il giudice tutelare preferisce, ove possibile, il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata. Le designazioni di cui al primo comma possono essere revocate dall'autore con le stesse forme. Non possono ricoprire le funzioni di amministratore di sostegno gli operatori dei servizi pubblici o privati che hanno in cura o in carico il beneficiario. Il giudice tutelare, quando ne ravvisa l'opportunità, e nel caso di designazione dell'interessato quando ricorrano gravi motivi, può chiamare all'incarico di amministratore di sostegno anche altra persona idonea, ovvero uno dei soggetti di cui al titolo II al cui legale rappresentante ovvero alla persona che questi ha facoltà di delegare con atto depositato presso l'ufficio del giudice tutelare, competono tutti i doveri e tutte le facoltà previste nel presente capo.*

concreto la sussistenza di un interesse ad agire per ottenere tale nomina giudiziale anche nell'ipotesi di insussistenza, al momento della domanda, di una condizione di conclamata incapacità o impossibilità alla cura dei propri interessi.

In tal senso si espresse, tra gli altri, anche il Tribunale di Cagliari¹¹ che, con il provvedimento del 22 ottobre 2009, accolse la domanda ritenendo che l'attualità della situazione di incapacità non fosse un requisito indispensabile per la nomina dell'amministratore di sostegno, quanto piuttosto condizione necessaria per consentire all'istituto di esplicitare la sua efficacia, subordinata, appunto, all'effettivo verificarsi della situazione di incapacità temuta dalla ricorrente¹².

In particolare, il giudice tutelare ritenne sussistente, in concreto, l'interesse ad agire necessario per l'ammissibilità della domanda, ricavandolo dalle peculiari e specifiche ragioni che avevano indotto la ricorrente a designare (con atto notarile, ai sensi del secondo comma dell'art. 408 cc) quale suo amministratore di sostegno non il proprio coniuge o un proprio familiare ma una persona a lei legata da meri vincoli di amicizia, una persona, dunque, diversa da quelle che sono

¹¹ Parte della giurisprudenza, attuando la tecnica dell'interpretazione sistematica costituzionalmente orientata, aveva riconosciuto tale possibilità: Trib. Modena, 14.05.2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 4, 1837 ss.; Trib. Prato, 8.04.2009, in *www.personaedanno.it*; Trib. Cagliari, 22.10.2009, in *Personaedanno*, 22 ottobre 2009; *Fam. e dir.*, 2010, 2, 161, con nota di BUGETTI, *Amministratore di sostegno in favore di persona attualmente capace e autonoma: oltre i confini dell'istituto?*; *Biolaw Journal, Rivista di biodiritto*, 15 ottobre 2014; *Nuova giurisprudenza civile commentata, con nota di Masoni*; Trib. Firenze, 22.12.2010, in *Guida al dir.*, 2011, 23, 61 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 6, 483 ss., con nota di INFANTINO, *Direttive anticipate e amministrazione di sostegno* Trib. Modena, 5.11.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 3, 277 ss., con nota di FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*.

Altra parte della giurisprudenza, invece, aveva negato tale possibilità: Corte App. Firenze, 3.07.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 436 ss., con nota di MASONI-FAROLFI, *Amministrazione di sostegno: consenso alle cure, atti personalissimi, fra incertezze e novità in tema di scelte di "fine vita"*; Trib. Pistoia, 8.06.2009, in *Foro it.*, 2011, 608 ss.; Trib. Firenze, 8.04.2009, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 1277 ss.; Trib. Roma, sez I bis, 1.04.2009, in *Fam. dir.*, 2010, 1, 51, con nota di BUSI, *Sull'interesse ad agire per la nomina dell'amministratore di sostegno*; Trib. Verona, 4.1.2011, in *www.persoanedanno.it*; *Corte di Cass. 20 dicembre 2012 n. 23707*.

Anche in dottrina erano state manifestate differenti opinioni. In senso favorevole alla tesi: FERRANDO, *Fine della vita e rifiuto di cure: profili civilistici*, in *Trattato di biodiritto*, tomo II, cit., 892 ss.; SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, cit., 415; ROSSI, *Cura della persona e compimento degli atti di natura personale*, in *Amministrazione di sostegno*, di Cendon-Rossi, cit., 345 ss.; INFANTINO, *Direttive anticipate a amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 490.

In senso contrario si erano espressi, invece: BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, 169; PICCINNI, *Relazione terapeutica e consenso dell'adulto "incapace": dalla sostituzione al sostegno, in I diritti in medicina (trattato di bio-diritto)*, cit., 409; BALESTRA, *L'autodeterminazione nel «fine vita»*, cit., 1026.

¹² Osservò, infatti, il giudice tutelare cagliaritano che "ritenere l'attualità della situazione di incapacità requisito indispensabile per l'instaurazione del procedimento teso alla nomina di un amministratore di sostegno significherebbe negare pienezza di tutela nel delicatissimo ambito delle scelte in materia sanitaria a tutti i soggetti che vengano a trovarsi in una situazione di incapacità in maniera improvvisa (incidente stradale, malattia improvvisa, etc.), discriminandoli di fatto rispetto a coloro che, per la diversità delle cause che hanno condotto alla perdita della coscienza (ad es. malattia degenerativa), abbiano avuto tutto il tempo di richiedere la nomina di un amministratore di sostegno al quale far conoscere le proprie volontà nell'ambito dei trattamenti sanitari...."

normalmente ascoltate nel corso del procedimento delineato dall'art. 407, III comma, c.c. e che, normalmente, vengono scelte dal giudice tutelare per lo svolgimento dell'incarico.

Aveva, infatti, argomentato la ricorrente che la necessità di procedere alla nomina formale richiesta derivava dal fatto che i suoi familiari (e cioè i soggetti che solitamente sono nominati per tale incarico dal giudice tutelare) sicuramente non avrebbero rispettato, per motivi morali e religiosi, le sue decisioni di fine vita, in particolare, non avrebbero fatto valere, in caso di necessità, il suo dissenso per i trattamenti di sostegno vitale, nonostante tale volere fosse stato chiaramente espresso nell'atto di designazione depositato presso il notaio.

Nel contempo la ricorrente aveva sottolineato come l'effettiva tutela dei propri diritti inviolabili nell'ambito della relazione di cura presupponesse necessariamente la sua partecipazione attiva, nella pienezza di tutte le facoltà di intendere e volere, al procedimento di nomina del suo amministratore di sostegno, in modo da poter efficacemente orientare la decisione del giudice sulla scelta della persona da nominare per tale delicato incarico, onde evitare che quel giudice un domani, non potendo più ascoltare dalla viva voce dell'interessata le ragioni poste dalla stessa a fondamento della scelta esplicitata nell'atto di designazione, potesse discostarsene, come consentito dall'ordinamento, seppur per gravi ragioni.

Ritenute, dunque, le ragioni suddette idonee a giustificare l'accoglimento della domanda, il giudice cagliaritano procedette alla nomina dell'amministratore di sostegno, individuandolo proprio nella persona indicata dalla ricorrente e subordinando la produzione degli effetti dello strumento protettivo disposto all'effettivo verificarsi dell'incapacità temuta¹³.

L'interpretazione proposta, non ostacolata dal dato testuale del disposto normativo, era stata ritenuta, infatti, preferibile in quanto maggiormente conforme alla *ratio legis*, oltre che in sintonia con il principio costituzionale di uguaglianza e con il divieto di discriminazione, potendo assicurare il rispetto dei diritti inviolabili della persona anche nell'ipotesi di perdita improvvisa e inaspettata della capacità, evitando discriminazioni in ragione della situazione di capacità o incapacità

¹³ L'art. 404 cc, infatti, nell'indicare la possibilità, per la persona che ne abbia bisogno, di "*essere assistita*" da un amministratore di sostegno, focalizza l'incapacità di provvedere autonomamente ai propri interessi e bisogni riferendola, appunto, all'assistenza e alla necessità della stessa piuttosto che alla "nomina", quest'ultima richiamata al fine della individuazione dell'autorità giudiziaria competente ad investire l'amministratore di sostegno del compito di assistenza (indicato nel giudice tutelare) e altresì della competenza territoriale, indicata nel luogo in cui la persona interessata abbia la residenza o il domicilio. La disposizione di cui all'art 404 cc recita, infatti: "La persona che per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nell'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio".

dell'individuo o in ragione delle cause, più o meno prevedibili, della perdita della capacità o della coscienza.¹⁴

L'istituto dell'amministratore di sostegno era sembrato dunque strumento idoneo ad assicurare (in sintonia con i principi di uguaglianza e di non discriminazione) anche alla persona che avesse perduto la capacità di intendere e di volere per cause improvvise ed imprevedibili¹⁵, la possibilità di continuare ad essere, oltre la soglia della coscienza, interlocutore attivo nell'ambito del rapporto terapeutico.

Il travagliato percorso giurisprudenziale appena delineato è giunto a conclusione con il provvedimento di altro giudice tutelare di Cagliari del luglio 2016, relativo alla nota vicenda di Walter Piludu. Con quella decisione il giudice autorizzò l'amministratore di sostegno a richiedere, per il caso di sopravvenuta incapacità del beneficiario, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, previa sedazione, nel pieno rispetto della volontà in tal senso chiaramente manifestata dal beneficiario. stesso

Va osservato che il ricorso al giudice tutelare si rese necessario in questo caso poiché l'istanza, benché formulata da soggetto pienamente capace di intendere e di volere (e perciò stesso sicuramente vincolante per il medico) era stata immotivatamente rigettata dalla struttura sanitaria, la quale, in un'ottica di mera medicina difensiva, aveva preferito attendere il responso giudiziario.

Doloroso ricordare inoltre come esattamente 10 anni prima sempre la Sardegna sia stata spettatrice della triste vicenda umana di Giovanni Nuvoli, anch'egli affetto da SLA, il quale si vide respingere l'istanza proposta (prima alla Procura presso il Tribunale di Sassari e poi al Giudice tutelare) per ottenere l'interruzione del trattamento di ventilazione artificiale che lo teneva in vita,

¹⁴ Il concreto interesse ad agire per la nomina di un amministratore *pro futuro* era stato apprezzato, inoltre, con particolare intensità in ragione dei fondamentali valori in gioco, in considerazione del sempre possibile verificarsi di malattie improvvise ed immediatamente invalidanti, ovvero eventi traumatici non preannunciati ma con conseguenze lesive tali da determinare in via immediata uno stato di incoscienza. Situazioni in relazione alle quali, anche per l'impossibilità di provvedere in tempo reale alla nomina di un amministratore di sostegno (deputato a far valere, nei rapporti con il personale sanitario, le eventuali indicazioni di volontà precedentemente redatte dall'interessato), la persona sarebbe rimasta, altrimenti, per un certo lasso di tempo, del tutto priva di tutela. Non vi è dubbio, infatti, che in situazioni siffatte la mera designazione di un amministratore di sostegno ai sensi dell'art. 408 c.c., e la mera esistenza di una scrittura contenente l'indicazione di direttive anticipate sarebbero stati inidonei, prima della recente legge che ha attribuito vincolatività alle dat, a garantire effettività di tutela al diritto inviolabile di rifiutare trattamenti sanitari contrari alla propria dignità personale.

¹⁵ Possibilità questa da ritenersi sempre sussistente in relazione al sempre possibile verificarsi di improvvise malattie invalidanti (più probabili in relazione all'avanzare dell'età), ovvero in relazione al sempre possibile verificarsi di incidenti stradali o di infortuni (questa volta paradossalmente più probabili al diminuire dell'età).

con provvedimenti giurisdizionali distanti anni luce dai pressochè contemporanei arresti giurisprudenziali sui casi Welby ed Englaro¹⁶.

Il risultato di tale imperdonabile inadeguatezza culturale e professionale fu che Giovanni Nuvoli vi vide costretto ad adottare la tragica decisione di porre fine alle sue sofferenze rifiutando, sino alla morte, cibo e acqua.

3. Un percorso ancora *in itinere*: le persistenti criticità nella disciplina del fine vita e la confermata centralità dell'amministratore di sostegno e del giudice tutelare

Le linee tracciate dalla giurisprudenza ci consentono di risolvere almeno in parte talune evidenti criticità della legge 22 dicembre 2017, n. 219, con la quale finalmente è stata stabilita l'efficacia vincolante delle disposizioni anticipate di trattamento, ed è stata altresì prevista la possibilità della nomina di un fiduciario, a cui affidare il delicato compito di assicurare il rispetto dei desideri precedentemente espressi dal paziente, sia nell'ambito della relazione di cura sia al cospetto dell'autorità giudiziaria in caso di conflitto.

Dalla trama normativa si ricava in primo luogo la conferma del ruolo che già la giurisprudenza aveva attribuito all'amministratore di sostegno, quale strumento idoneo a dare voce alla persona incapace nell'ambito della relazione di cura.

Risulta inoltre ulteriormente rafforzata la centralità del ruolo affidato al giudice tutelare nel delicato settore delle decisioni in ambito sanitario, comprese quelle sul fine vita, in vista della salvaguardia dei diritti inviolabili della persona incapace.

Volendo limitare il discorso alle questioni più delicate che saranno sicuramente portate all'attenzione del giudice, va osservato come continui a rimanere irrisolto il dilemma di quale sia la disciplina applicabile quando il paziente versi in una condizione di incapacità e non vi siano disposizioni anticipate di trattamento alle quali fare riferimento per ricavare il consenso o il dissenso al trattamento stesso, soprattutto quando si tratti di trattamenti di sostegno vitale.

Il problema non si pone solo in relazione alle persone minori di età o incapaci sin dalla nascita (alle quali è ovviamente preclusa la possibilità di predisporre valide disposizioni anticipate di

¹⁶ Giovanni Nuvoli, che si trovava ricoverato presso l'ospedale civile di Sassari, aveva inutilmente richiesto all'autorità giudiziaria l'adozione di un provvedimento tale da consentire ad un medico di sua fiducia di dare corso alle sue volontà, riguardanti il distacco dal ventilatore che lo teneva in vita, previa sedazione in modo da assicurare l'eliminazione di ulteriori inutili sofferenze.

trattamento), ma altresì in relazione a coloro che, pur potendo esprimere le proprie disposizioni sul fine vita, non vi abbiano provveduto, non cogliendo l'opportunità prevista oggi dalla norma, e non possano più esternare alcun tipo di volontà in conseguenza del sopraggiunto stato di incapacità.

Il problema di chiarire meglio la portata della norma era stato avvertito in sede di lavori parlamentari, laddove da più parti era stata sottolineata la necessità di disciplinare espressamente l'ipotesi di totale assenza di disposizioni anticipate di trattamento. Era stato giustamente rilevato come la procedura di redazione delle DAT, assai complessa e formale, e la comune ritrosia a decidere sul fine vita, ancora molto radicata nel nostro Paese, avrebbero causato inevitabilmente il limitato successo dello strumento, almeno per un certo lasso di tempo¹⁷.

Partendo da tale analisi era stato proposto un emendamento¹⁸ che mirava ad inserire, nell'art. 4, un riferimento espresso al caso in cui il soggetto, prima di cadere in una condizione di incapacità, non avesse reso alcuna disposizione anticipata. La proposta riguardava la possibilità di ottenere dal giudice tutelare l'autorizzazione, nell'interesse dell'incapace, alla sospensione del trattamento di sostegno vitale tutte le volte in cui fosse stato possibile far valere a tal fine *“la volontà del paziente stesso, direttamente o implicitamente manifestata nella vita pregressa in modo univoco”*.

L'emendamento, che andava nella direzione già collaudata con la decisione sul caso Englaro, venne respinto e, nella versione definitiva del testo, non vi è indicazione alcuna sulla disciplina applicabile per questi casi.

3.1. Il paziente incapace: *quid iuris* in assenza di direttive anticipate di trattamento?

L'ambiguità del legislatore del 2017 ha lasciato, dunque, ancora una volta il giudice da solo nel difficile compito di individuare la disciplina del caso concreto, essendo prevedibile che per

¹⁷ Uno studio condotto nel 2016 (v. lo studio condotto da A. GOVI – D. VESHI – L. ORSI – G. MICCINESI – F. INGRAVALLO, *I registri comunali italiani delle disposizioni anticipate di trattamento: caratteristiche, efficacia e limiti*, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2017, fasc. 3, pp. 1233-1244) ha, in effetti, evidenziato che il ricorso alle disposizioni anticipate non era una pratica poi così diffusa. Raccogliendo informazioni su 118 capoluoghi di provincia, su un campione di 15.506.964 residenti adulti, si è osservato che solo 30 Comuni avevano adottato un registro delle DAT. Nel settembre 2014 solo lo 0,041% dei residenti aveva fatto effettivo utilizzo di tale registro.

¹⁸ Si tratta dell'emendamento presentato dall'On. Mara Mucci (e altri) pubblicata nell'allegato A della seduta del 20 aprile 2017. Si richiedeva di aggiungere all'art. 4 il comma 5-bis con il seguente testo: «Nel caso in cui il paziente non sia cosciente e non abbia dettato DAT, né abbia nominato un fiduciario, il coniuge, la parte in unione civile, il convivente o ciascuno dei parenti fino al quarto grado, può rivolgersi al giudice tutelare per chiedere l'autorizzazione all'interruzione dei trattamenti sanitari, ivi comprese la nutrizione l'idratazione artificiali, per assecondare la volontà del paziente stesso, direttamente o implicitamente manifestata nella vita pregressa in modo univoco». Si rinvia a <http://www.camera.it/leg17/126>.

molti anni sarà frequente l'ipotesi in cui si debba adottare una decisione in assenza di DAT alle quali fare riferimento.

Peraltro, criticità emergono anche in relazione alla stessa disciplina espressamente prevista all'art. 3 della legge con riferimento ai minori e alle persone incapaci, poiché la laconicità del testo normativo pone non pochi dubbi interpretativi, specie in considerazione del fatto che la necessità del controllo giurisdizionale è stata espressamente prevista solo per il caso del conflitto tra medico che ritenga necessario il trattamento sanitario e rappresentante del minore o dell'incapace che ritenga, invece, di non prestare il necessario consenso, specie se il rifiuto delle cure riguardi, come sembrerebbe dal tenore ampio della disposizione, i trattamenti salvavita.

In relazione alla predetta disposizione è stata infatti già sollevata dal Tribunale di Pavia questione di legittimità costituzionale per violazione degli articoli 2, 3, 13 e 32 della Costituzione, nella parte in cui prevede, secondo il giudice rimettente, come necessario il controllo da parte dell'autorità giudiziaria solo nel caso di conflitto tra medico ed amministratore di sostegno che voglia procedere alla sospensione del trattamento di sostegno vitale.

In primo luogo va osservato che nel caso in cui parte dell'accordo sia il fiduciario deve fondatamente ritenersi non necessario un controllo giurisdizionale, salvo il caso di contrasto sull'interpretazione delle dat, proprio in considerazione del fatto che la presenza del fiduciario, nominato dallo stesso interessato, appare sufficiente garanzia del rispetto delle volontà in precedenza manifestate dal soggetto incapace e permette, quindi, di ricondurre con certezza la decisione allo stesso paziente¹⁹.

Ed infatti, l'art. 3 della legge precisa che l'ambito applicativo della disposizione non include il caso in cui la persona incapace abbia in precedenza provveduto alla redazione di disposizioni anticipate di trattamento. In tal senso depongono sia il chiaro inciso di cui al quinto comma dell'art. 3 sia le successive disposizioni di cui all'art. 4, che disciplinano, appunto, le disposizioni anticipate di trattamento e la nomina del fiduciario chiamato a darne concreta attuazione.

In maniera differente si deve ragionare, invece, nel caso in cui in relazione alla persona incapace non sia possibile individuare una volontà manifestata in precedenza tramite la redazione di

¹⁹ La necessità di un intervento giurisdizionale è prevista inoltre, ovviamente, qualora il fiduciario indicato nelle DAT abbia rinunciato all'incarico o sia deceduto o sia divenuto egli stesso incapace, oppure nel caso in cui le DAT non contengano l'indicazione di un fiduciario. In tutte queste ipotesi, infatti, in un'ottica di massima salvaguardia della volontà espressa, l'art. 4 comma 4 dispone che le disposizioni anticipate di trattamento conservino efficacia e che la lacuna sia colmata dal giudice tutelare attraverso la nomina di un amministratore a cui affidare il compito di dare attuazione alla volontà in precedenza esternata dal beneficiario.

disposizioni anticipate di trattamento (persona minore, persona incapace sin dalla nascita o persona divenuta incapace prima di redigere apposite DAT).

Il fatto che in queste ipotesi si debba necessariamente procedere alla nomina giudiziale di un amministratore di sostegno al quale affidare la potestà di esternare, nell'ambito della relazione di cura, il necessario consenso al trattamento, ed il fatto che nel provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno il giudice tutelare debba necessariamente indicare quali siano i limiti legittimanti l'esercizio di tale potestà, in quanto incidente su diritti inviolabili di terzi (il beneficiario appunto), fanno propendere per la tesi secondo la quale le potestà affidate all'amministratore in ambito sanitario non possano ritenersi illimitate e sia, pertanto, sempre necessaria l'autorizzazione giudiziale allorché il rifiuto di un dato trattamento possa cagionare un grave nocimento per la salute del beneficiario o un pericolo per la sua stessa sopravvivenza (a prescindere, dunque, che sul punto vi sia o meno un conflitto tra la posizione del medico curante e l'amministratore di sostegno).

In tal senso sembra deporre, infatti, l'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui alla legge 219 e di quelle disciplinanti l'istituto dell'amministrazione di sostegno, alla luce delle norme costituzionali e sovranazionali che tutelano il diritto alla vita e alla salute unitamente alla dignità personale dell'individuo²⁰.

Acclarata dunque la necessità di un controllo giurisdizionale tutte le volte in cui si debba assumere la decisione di procedere all'eventuale sospensione di un trattamento di sostegno vitale in relazione a persona incapace che non abbia lasciato DAT, resta però da capire in che modo il giudice adito dovrà operare il difficile bilanciamento degli interessi in gioco, in modo da

²⁰ Pochi giorni dopo la redazione della presente relazione, con decisione n. 144 del 13 giugno 2019 la Corte Costituzionale ha deciso la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame ritenendola infondata. Ha chiarito la Corte, in particolare, come l'esegesi dell'art. 3, commi 4 e 5, della legge n. 219 del 2017 debba necessariamente tenere conto dei principi che conformano l'istituto dell'amministrazione di sostegno, i quali portano a negare che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario rechi necessariamente con sé il potere di rifiutare, senza autorizzazione giudiziale, i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita.

Secondo la Corte, infatti, le norme censurate debbono essere necessariamente interpretate nel senso che spetta sempre e comunque al giudice tutelare attribuire all'amministratore di sostegno un tale peculiare potere in occasione della nomina, laddove in concreto già ne ricorra l'esigenza, ovvero successivamente, allorché il decorso della patologia del beneficiario specificamente lo richieda.

Va osservato che nonostante tale decisione abbia fugato ogni dubbio circa la necessità di un controllo giurisdizionale laddove l'amministratore di sostegno sia chiamato ad adottare una decisione che riguardi trattamenti sanitari di sostegno vitale, ha peraltro lasciato irrisolta la questione riguardante l'individuazione dei criteri sulla base dei quali il giudice tutelare debba stabilire se concedere o negare l'autorizzazione alla sospensione del trattamento di sostegno vitale.

raggiungere una adeguata sintesi tra tutela del diritto alla vita della persona incapace e rispetto della dignità personale.

Non ritraendosi dalla trama normativa una chiara indicazione su quali debbano essere i criteri che debbono guidare il giudice in questa delicatissima decisione potranno continuare a valere i principi espressi dalla Cassazione nella decisione sul caso Englaro²¹?

Quid iuris, inoltre, ed è questa la questione più spinosa, se si verificasse un nuovo caso Englaro e all'esito del percorso giudiziario non fosse neppure possibile ricostruire un'ipotetica volontà dell'incapace, ritraibile dallo stile di vita e dalle opinioni in precedenza espresse? Potrà la soluzione essere individuata nel criterio oggettivo del miglior interesse, come accade negli ordinamenti anglosassoni?

Sarebbe legittima nel nostro ordinamento la decisione del medico che, in assenza di DAT, eseguisse la sospensione di trattamenti di sostegno vitale che non abbiano altro scopo che quello di un mantenimento artificiale della vita, come espressamente stabilito dalla legislazione francese (*lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie*)?

3.2. Cenni di diritto comparato: legge italiana e legge francese a confronto.

Nell'ambiguità della disciplina dettata dal nostro legislatore può essere utile volgere lo sguardo verso altri ordinamenti nei quali la questione è stata, invece, specificamente prevista ed è stata adattata, pur nella delicatezza della materia, una precisa scelta di campo. Penso in particolare alla Francia, che prima di noi è intervenuta in questa materia con una disciplina di dettaglio, e che

²¹ Il fatto che l'emendamento di cui si è detto prima non sia stato recepito potrebbe far propendere per una risposta in senso negativo, per il caso in cui l'interessato non abbia provveduto alla redazione di Dat, nella forma prescritta dalla legge.

Sul versante sovranazionale è interessante richiamare la decisione della Corte Edu sul caso Lambert (sentenza *Lambert and others v. France* del 25 giugno 2015), che ha riconosciuto la legittimità della scelta francese di attribuire al medico curante la possibilità di una sospensione dei trattamenti che si sostanzino in un mero mantenimento artificiale della vita di persone in stato vegetativo, anche in casi in cui non sia possibile ricostruire in termini certi una volontà in tal senso del paziente stesso.

La Corte Edu è infatti giunta a riconoscere la compatibilità della normativa francese con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in considerazione della chiara scelta di campo assunta dal legislatore, in una materia nella quale da sempre la Corte riconosce ampia discrezionalità agli Stati membri, e della peculiare procedura disciplinante tale particolare ipotesi, che è stata riconosciuta efficace strumento per prevenire abusi, specie in considerazione dell'approfondita istruttoria posta alla base della decisione medica e del successivo penetrante controllo riservato all'autorità giurisdizionale.

Lo stesso non potrebbe certo dirsi in relazione alla legge italiana che, tacendo sul punto, lascia ampi spazi di discrezionalità all'interprete e, in ultima analisi, al giudice, in un settore delicatissimo dove, invece, la decisione dovrebbe rispecchiare scelte riservate al legislatore, pur nel rispetto dei diritti inviolabili sanciti dalla carta costituzionale e dalle fonti sovranazionali.

per espressa ammissione dell'onorevole Donata Lenzi, relatrice alla Camera dei deputati della legge n. 219/2017, ha costituito motivo di ispirazione durante il dibattito parlamentare.

Il 2 febbraio 2016 la Francia ha approvato la *Loi n. 2016-87, créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie*, la quale ha modificato la c.d. legge Leonetti (*Loi n. 2005-370 du 22 avril 2005, «relative aux droits des malades et à la fin de vie»*)²².

L'art. L. 1111-5-1 code de la santé publique²³, al primo comma, esordisce vietando i trattamenti sanitari qualora costituiscano l'espressione di un accanimento terapeutico o di un'ostinazione irragionevole (*«Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable»*).

Fissata la regola generale che prevede un vero e proprio obbligo del medico a non porre in essere siffatti trattamenti, viene poi espressamente riconosciuta in capo al medico la possibilità di interrompere o di non attivare trattamenti aventi il solo effetto di mantenere artificialmente la vita (*«inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie»*), con l'ulteriore specificazione che tra i trattamenti che possono essere sospesi o non intrapresi sono ricompresi anche l'idratazione e la nutrizione artificiali (*«La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article»*)²⁴.

²² La legge è ricompresa nel *Code de la Santé publique*, come anche le norme sulla procreazione medicalmente assistita e tutte le leggi di revisione si riverberano su tale codice modificandolo.

²³ L'Article L1110-5-1 (modificato dalla LOI n°2016-87 du 2 février 2016 - art. 2) dispone che: *«Les actes mentionnés à l'article L. 1110-5 ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable.*

Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris, conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire.

La nutrition et l'hydratation artificielles constituent des traitements qui peuvent être arrêtés conformément au premier alinéa du présent article.

Lorsque les actes mentionnés aux deux premiers alinéas du présent article sont suspendus ou ne sont pas entrepris, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins palliatifs mentionnés à l'article L. 1110-10.

²⁴ Nella precedente legge Leonetti la disposizione era meno chiara : Art. L. 1110-5, secondo comma: *«Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10»*

In particolare mancava totalmente il seguente passaggio, introdotto successivamente con la legge di revisione : *«conformément à la volonté du patient et, si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire»*, che rende espressamente legittima la sospensione anche con riferimento alla persona incapace, all'esito della procedura collegiale disciplinata nei dettagli in sede di normazione secondaria.

Chiarisce, dunque, la legge che la sospensione del trattamento può essere disposta in due distinte ipotesi:

a) qualora ciò sia conforme alla volontà del paziente;

b) e altresì quando si tratti di persona che si trovi in una situazione di irreversibile incapacità (si pensi ai casi di malati in stato vegetativo permanente) anche in mancanza di un dissenso al trattamento precedentemente espressa, qualora il medico giudichi che il trattamento in atto non abbia altro effetto che quello di mantenere la persona in vita artificialmente (*“si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire.*

In tale ultima ipotesi è indispensabile però che il medico segua una determinata procedura, delineata nei dettagli dalle norme di rango secondario del codice di deontologia medica.

Ogni decisione e ogni atto istruttorio è previsto, inoltre, debba essere annotato nella cartella clinica, a garanzia della correttezza della procedura e al fine di consentire l'eventuale controllo in sede giurisdizionale.

Dalle disposizioni appena richiamate emerge, dunque con chiarezza, come in assenza di DAT il peso della responsabilità della decisione sulla interruzione della idratazione e nutrizione artificiali e di ogni altro trattamento che abbia quale unico effetto quello di mantenere in vita artificialmente il paziente sia stato chiaramente posto in capo al medico responsabile della relazione di cura (*“le médecin en charge du patient”*).

E' invece riservato all'intervento giurisdizionale unicamente il compito di accertare che la decisione adottata dal medico sia corretta, e cioè sia stata adottata nelle ipotesi espressamente disciplinate dalla legge e sulla base della peculiare disciplina regolata dalle disposizioni del codice di deontologia medica, recepite espressamente dall'ordinamento tramite disposizioni di rango secondario²⁵.

²⁵ Va osservato, infatti, come il codice di deontologia medica francese, a differenza di quello italiano, sia strettamente ed espressamente collegato al diritto statale, avendo trovato posto all'interno del *code de la santé publique*. Tale caratteristica viene ritenuta dal legislatore francese strumento efficace per garantire la perfetta compatibilità del codice deontologico rispetto ai principi e alle norme di rango primario.

Quest'ultima peculiarità, inoltre, unitamente alla accentuata procedimentalizzazione della decisione e alla possibilità di un penetrante controllo anche giurisdizionale (si prevede infatti che tutti i passaggi procedurali siano annotati nella cartella clinica), viene ritenuta strumento indispensabile per prevenire abusi o distorsioni della decisione adottata dal medico.

Peraltro potrebbe obiettarsi che se tale meccanismo è idoneo a prevenire in radice decisioni strumentali ricollegabili alla sfera dei familiari (i quali potrebbero avere interessi incompatibili con quelli del paziente in relazione), dall'altro potrebbe non esserlo in relazione all'altra faccia della medaglia, e cioè in considerazione dell'interesse anche di natura economica che potrebbe riscontrarsi nello sfondo della decisione assunta dalla struttura sanitaria che abbia in cura il paziente, considerati i notevoli costi dei trattamenti sanitari in questione.

A prescindere da ogni valutazione circa la bontà della scelta adottata, che si inquadra all'interno di un ordinamento che, a differenza del nostro, ingloba al suo interno le stesse regole deontologiche che governano l'arte medica (e che in tal modo risolve in radice ogni possibile conflitto tra regole statuali e regole deontologiche)²⁶, ciò che rileva e colpisce è la chiarezza della impostazione di fondo, oltre che la dettagliata disciplina della procedura, strumentale ovviamente ad evitare abusi o distorsioni, ma anche a consentire, a posteriori, un penetrante controllo giurisdizionale sui singoli passaggi (che infatti debbono essere adeguatamente motivati in forma scritta, essendo prevista la loro specifica annotazione nella cartella clinica)²⁷.

Va riconosciuto dunque il merito al legislatore francese di aver indicato con chiarezza, con piena assunzione di responsabilità, i criteri sulla base dei quali è possibile disporre la sospensione di trattamenti di sostegno vitale ed i soggetti sui quali deve ricadere il peso della decisione²⁸.

Sul versante poi dei rapporti tra medico e paziente, va ricordato che la peculiare disciplina riservata in Francia alla responsabilità civile in ambito sanitario per il caso di errore colposo che abbia cagionato un danno al paziente, riduce al minimo il problema della cc.dd. medicina difensiva, fortemente accentuato, invece, in Italia

²⁶ Ha magistralmente colto tale caratteristica Carlo Casonato che ha efficacemente chiarito come “*il codice francese si è spinto nella giuridicizzazione di fenomeni e regole di condotta tipicamente riconducibili alla professione medica, lasciando però allo stesso tempo – come già visto – larghi spazi di manovra al binomio autonomia-responsabilità dei professionisti della salute. Tale strategia, frutto maturo di quella storia giuridoculturale, ha così esplicitamente incorporato all'interno delle fonti del diritto i principi deontologici, lasciando però alla ragionevole discrezionalità dei professionisti il compito di applicarli al caso concreto*”, Carlo Casonato, *Un diritto difficile. Il caso Lambert tra necessità e rischi*”, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2015.

²⁷ Come già accennato prima, con la sentenza *Lambert and others v. France* del 25 giugno 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo (*Grand Chamber*) – con una maggioranza di 12 giudici su 17 – ha statuito che la sospensione dei trattamenti di nutrizione e di idratazione artificiali non comporta una violazione dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita) considerati: la chiarezza e l'applicabilità al caso di specie della legge “Leonetti”; la correttezza del procedimento decisionale seguito dal giudice amministrativo francese e la possibilità, per i parenti del paziente, di far valere a livello giudiziale le proprie doglianze.

Colpisce leggendo la sentenza come risulti evidente che la Corte Edu nel caso in esame ha preferito restare ai margini. Piuttosto che entrare nel merito delle questioni riguardanti il rapporto tra diritto alla vita e dignità umana, infatti, la Corte, ribadito il proprio orientamento secondo il quale deve riconosciuto agli Stati membri un margine di discrezionalità in relazione a questioni eticamente sensibili sulle quali non si sia ancora formata uniformità di vedute, sofferma la sua attenzione, piuttosto, a verificare la *legittimità formale* della decisione assunta dal *Conseil d'Etat*. La ragione posta a fondamento della dichiarazione di compatibilità della legge francese con l'art 2 della Convenzione, viene infatti indicata, da un lato, proprio nella chiarezza della legge “Leonetti” applicata al caso di specie e nella correttezza del procedimento decisionale seguito prima nell'ambito della procedura collegiale posta a fondamento della decisione medica di sospendere il trattamento, e poi dal giudice amministrativo francese; e, dall'altro, nella esperibilità da parte dei familiari del paziente di idonei rimedi interni per far valere le proprie ragioni davanti ad una autorità (prima amministrativa) e poi giurisdizionale.

²⁸ Anche con riferimento alla sedazione continua profonda è identificabile la stessa ratio, risultando confermato un quadro che vede sempre più al centro della decisione il medico responsabile delle cure. A quest'ultimo è, infatti, affidato il compito di eseguire detto trattamento non solo nell'imminenza della morte e non solo in relazione a pazienti che lo abbiano richiesto (dat o consenso precedente la perdita di coscienza) ma anche quando la sedazione continua fino alla morte costituisca una conseguenza obbligata della decisione, sempre adottata dal medico, seppur all'esito della procedura collegiale normativamente delineata, di arrestare un trattamento di mantenimento in vita qualificabile quale “ostinazione irragionevole” ovvero funzionale unicamente al “mantenimento artificiale della vita”, in relazione a

Tornando in Italia, va osservato come non sia rintracciabile nella trama della nuova legge un'espressa previsione normativa paragonabile a quella francese appena delineata.

Nella legge 219, infatti, nessuna disposizione attribuisce al medico (come invece accade in Francia) la potestà di procedere, in caso di persona incapace e in assenza di DAT, alla sospensione dei trattamenti che abbiano come unico scopo il mantenimento artificiale della vita.

Va ulteriormente osservato come una tale possibilità non sia neppure ritraibile all'esito di un'interpretazione sistematica delle disposizioni di recente introduzione che, infatti:

1. disciplinano espressamente i trattamenti di sostegno vitale, e tra questi l'idratazione e la nutrizione, non nel settore dedicato ai doveri professionali del medico, quanto piuttosto nell'ambito dedicato al consenso informato, in particolare nel comma 5 dell'art. 1 nel quale viene delineato il diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento medico, anche quando la rinuncia o la revoca siano necessari alla propria sopravvivenza;

2. non richiamano in alcun modo i trattamenti di sostegno vitale neppure nell'art. 2 comma 2, che delinea quali siano gli obblighi del medico, disponendo che egli debba *“astenersi da ogni*

pazienti che si trovino in stato vegetativo, nonostante non sia identificabile una loro scelta in tal senso. Anche in tali casi la sedazione palliativa profonda può essere eseguita fino alla morte.

In Francia dunque, in seguito alla riforma del 2016, è possibile procedere (in associazione con un trattamento analgesico) a sedazione palliativa continua sino alla morte in tre diversi casi:

1. secondo la volontà del paziente, quando egli è affetto da una malattia grave e incurabile, la cui speranza di vita è breve, presenta una sofferenza refrattaria ai trattamenti (sofferenza già in atto e speranza di vita breve);

2. quando in conseguenza della decisione del paziente, affetto da una malattia grave e incurabile, di interrompere un trattamento, venga a determinarsi una speranza di vita breve e la malattia sia suscettibile di provocare una sofferenza insopportabile (speranza di vita breve ma sofferenza non ancora in atto, qualora la malattia incurabile faccia prevedere che detta sofferenza si verificherà);

3. quando il medico, in esecuzione del dovere che gli impone la legge di astenersi dal praticare trattamenti di “ostinazione irragionevole” (*au titre du refus de l'obstination déraisonnable*), decide, all'esito della procedura collegiale delineata dalla legge, di sospendere il trattamento di sostegno vitale praticato a paziente privo di coscienza (e incapace quindi di esprimere una volontà in merito).

Pertanto, nonostante nell'incipit dell'art. L. 1110-5-2 si faccia riferimento *“A la demande du patient d'éviter toute souffrance”*, il chiaro tenore letterale dell'ultima parte della disposizione, dedicata al caso del paziente incapace (*Lorsque le patient ne peut pas exprimer sa volonté et, au titre du refus de l'obstination déraisonnable mentionnée à l'article L. 1110-5-1, dans le cas où le médecin arrête un traitement de maintien en vie, celui-ci applique une sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès, associée à une analgésie*) e il riferimento testuale a quanto stabilito, sempre con riferimento alla persona incapace, dall'art L. 1110-5-1 rendono evidente che, mentre nei primi due casi la decisione è riconducibile ad un atto di volontà del paziente, nel terzo caso il peso della decisione è tutto sulle spalle del medico responsabile della cura (salvo il controllo giurisdizionale sulla correttezza della decisione stessa).

*ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati*²⁹;

3. non prevedono alcuna norma specifica riguardo alla sospensione dei trattamenti di sostegno vitale nell'art. 3 dedicato alla disciplina delle persone incapaci e dei minori, ma, anzi, con disposizione che potrebbe deporre in senso restrittivo, si preoccupano di precisare *“che nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) di cui all'articolo 4, o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli articoli 406 e seguenti del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria;*

4. non contengono alcun riferimento a trattamenti che abbiano quale unico scopo quello di mantenere la vita artificialmente, ai quali è invece dedicata in Francia una espressa e chiara menzione, come già detto.

Emerge, quindi, una disciplina che, seppur di non agevole lettura (frutto probabilmente di una soluzione di compromesso tra le diverse sensibilità presenti in Parlamento), sembra deporre nel senso della limitazione della possibilità della sospensione del trattamento di sostegno vitale, tra cui l'alimentazione e l'idratazione artificiali, alle sole ipotesi in cui sia riscontrabile una volontà in tal senso dell'interessato.

Rimangono dunque aperte le questioni più delicate riguardanti:

- la valenza di eventuali manifestazioni di volontà espresse successivamente all'entrata in vigore della legge in forme diverse da quelle espressamente previste e, in particolare se vi sia ancora uno spazio per una ricostruzione postuma della presunta volontà in relazione ad un determinato trattamento secondo i canoni indicati dalla sentenza sul caso Englaro;

²⁹ L'art. 2 comma 2 dispone infatti: *“Nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati. In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente. 3. Il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua o il rifiuto della stessa sono motivati e sono annotati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico.”*

Come si può notare, la disposizione irragionevolmente circoscrive tale dovere di astensione prevedendo, con un *incipit* dal significato ambiguo, alla situazione del paziente che si trovi in una condizione di *“prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte”*.

L'*incipit* può essere fonte, dunque, di incertezze e di distorsioni applicative, dato che non può porsi in dubbio che il divieto di accanimento terapeutico e il divieto di praticare trattamenti inutili o sproporzionati sia di portata generale ed operi a prescindere dal fatto che il paziente si trovi o meno in una situazione di imminenza della fine.

- quali siano i criteri, in assenza di DAT, che debbono guidare il giudice nella delicata decisione avente ad oggetto, in caso di paziente incapace in stato vegetativo permanente, l'autorizzazione alla sospensione di un trattamento di sostegno vitale che non abbia altro scopo che quello di mantenere artificialmente la vita;

- se, in assenza di DAT, sia ammissibile una tale sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, riconducibile ad una decisione assunta dal medico ovvero riconducibile ad una decisione giudiziale.

4. Conclusione

Nonostante sia tanta la strada che, partendo dagli arresti giurisprudenziali sul caso Welby e sul caso Englaro, ci ha condotti sino alla legge 219, credo che ancora molto ci sia da fare.

Osservo, in particolare, come sicuramente ancora sovradimensionato risulti in Italia il ruolo del giudice in una materia tanto delicata, nella quale vi è anche il rischio che la decisione possa essere inconsapevolmente influenzata da convinzioni personali.

E come, inoltre, sia percepibile una vera e propria anomalia nel momento in cui si proceda ad un confronto di un tale ruolo (sovradimensionato) con quello assegnato ai giudici di altri Paesi europei, nei quali il legislatore ha saputo assumere su di sé, attraverso disposizioni normative chiare, la responsabilità della difficile disciplina dei cc.dd. diritti infelici.

SALVATORE CASCIARO

La questione dell'applicabilità della nuova disciplina in tema di protezione umanitaria ai procedimenti in corso

Immigrazione – Protezione umanitaria – Disciplina introdotta dal “Decreto Sicurezza” – Regime intertemporale della nuova disciplina – Sua applicazione immediata ai procedimenti in corso.

<<In tema di concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, in assenza di una norma che regolamenti l'eventuale applicazione della nuova disciplina, introdotta con il d.l. n.113/2018, conv. con la l. n. 132/2018, ai casi di domande già presentate antecedentemente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni, la prima sezione civile della Corte di cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'assegnazione alle Sezioni Unite per dirimere la questione e definire l'effettivo ambito di operatività della nuova disciplina>>.

1. Ora che la giurisprudenza di merito si era sostanzialmente acquietata sulla soluzione fornita da Cass. n. 4890/2019¹ alle delicate questioni di diritto intertemporale del Decreto Sicurezza², interviene nuovamente la Cassazione con l'ordinanza in rassegna³, che, dissentendo dal principio enunciato con quel precedente, sviluppa le ragioni di perplessità riferibili ai singoli passaggi argomentativi ritenendo necessario l'intervento delle Sezioni Unite per porre un suggello sull'esegesi delle nuove disposizioni.

¹ La sentenza è pubblicata in *Guida dir.*, 2019, 12, 62, con nota di BUFFONE, “Casi speciali”, così la dicitura *sul via libera* (immigrazione e stranieri).

² All'indomani dell'entrata in vigore del “Decreto Sicurezza” erano insorti non pochi dubbi in ordine al regime intertemporale della nuova disciplina: cfr., a riguardo, PADULA, Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il dl 113/2018?, in http://questionegiustizia.it/articolo/quale-sorte-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-_21-11-2018.php, pag. 7; ASGI, Il regime intertemporale nell'ambito della protezione umanitaria ai tempi del d.l. 113/2018. Brevi osservazioni sull'art. 1, co. 8 e 9, d.l. 113/18, in https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/10/Osservazioni-art.-1-c-8-e-9_def.pdf; Osservatori sulla giustizia civile, L'efficacia intertemporale dell'articolo 1 d.l. 113/2018 convertito con l. 132/2018, in <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:M-IWbDp3J7UJ:milanoservatorio.it/wp-content/uploads/2019/01/OSSERVATORI-PROT-INTERN-efficacia-intertemporale-art.1-dl-n.113-2018.odt+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it..>

³ Cass. 3 maggio 2019 n. 11750; conf. Cass. 3 maggio 2019 n. 11751 che segue lo stesso iter argomentativo.

Il d.l. n. 113 del 2018, conv., con modif., nella l. n. 132 del 2018, aveva (come noto) immutato radicalmente il quadro normativo, sostituendo al sistema imperniato sull'art. 5 co. 6 d. lgs. n. 286 del 1998 (il quale prevedeva un <<catalogo aperto>>⁴ di situazioni potenzialmente valorizzabili in termini di vulnerabilità soggettiva ai fini del riconoscimento della protezione umanitaria⁵) una predeterminazione e tipizzazione di <<casi speciali>> meritevoli di rilascio del titolo di soggiorno, racchiusi nelle specifiche ipotesi delle <<cure mediche>>, delle <<situazioni di contingente ed eccezionale calamità>> e degli <<atti di particolare valore civile>>, ferme (beninteso) le fattispecie già delineate dall'art. 18 d. lgs. n. 286 del 1998, e collegate alle esigenze di protezione sociale o di protezione per le vittime di violenza domestica o dello sfruttamento lavorativo (rispettivamente, articoli 18-bis e 22 co. 12-quater stesso decreto).

All'indomani della novella, la prevalente giurisprudenza di merito⁶ aveva tuttavia affermato che le domande proposte precedentemente al 5.10.2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 113/18) sarebbero dovute restare insensibili alle innovazioni introdotte dal Decreto Sicurezza, e ciò non solo per la natura sostanziale delle modifiche apportate all'istituto della protezione umanitaria (v. l'art. 11 prel. c.c. in base al quale "...la legge non dispone che per l'avvenire") ma anche per la qualificazione della protezione in discorso, da configurarsi quale diritto soggettivo che "preesiste" al suo riconoscimento, trovando origine nella peculiare

⁴ L'espressione è utilizzata da Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455, pubblicata, con nota di FAVILLI, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in http://questionegiustizia.it/articolo/la-protezione-umanitaria-per-motivi-di-integrazione_14-03-2018.php, e, con nota di NOCI, *Spetta allo straniero la prova presunta dello stato di pericolo*, in *Guida dir.*, 2018, 17, 22; nonché in *Foro it.*, 2018, 5, 1656, con nota di SIMONE. Utilizza altresì la locuzione <<catalogo aperto>> Cass. 27 novembre 2013, n. 26566.

⁵ Per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. in dottrina ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in <http://www.questionegiustizia.it/rivista/2018-2.php>, 106; ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, *Dir. imm. e citt.*, 2018, 1, 8 e ss.; GALLO, *La protezione umanitaria nell'interpretazione delle corti territoriali calabresi e delle giurisdizioni superiori*, in *Rass. avv. Stato*, 2013, 2, 90; MARENGONI, *Il permesso di soggiorno per ragioni umanitarie*, *ibidem*, 2012, 4, 59; LENZERINI, <<Status>> di rifugiato, protezione umanitaria e prove atipiche- *Un'interessante sentenza della Corte d'Appello di Bari*, *ibidem*, 2012, 3, 99; BENVENUTO, *Andata e ritorno per il diritto di asilo costituzionale*, *ibidem*, 2010, 2, 36.

⁶ Per una rassegna di giurisprudenza di merito sul tema, cfr. http://questionegiustizia.it/articolo/quale-sorta-per-il-permesso-di-soggiorno-umanitario-dopo-il-dl-1132018-_21-11-2018.php cit..

condizione di deprivazione dei diritti umani patita dall'individuo nel Paese di origine, ove non può fare perciò più rientro⁷.

In tale contesto, in cui la protezione umanitaria dovrebbe consacrare un diritto soggettivo preesistente, si affermava altresì che tutti i provvedimenti assunti dagli organi competenti in materia avrebbero natura meramente dichiarativa e non costitutiva⁸. E si argomentava altresì dall'art. 1, co. 9, del Decreto Sicurezza (che delinea, sia pure in termini embrionali, una disciplina di natura transitoria) in senso favorevole al richiedente asilo. Questo perché tale ultima disposizione consente alla questura, nei procedimenti amministrativi pendenti, e laddove sia stato accertato dalla commissione territoriale il diritto alla protezione umanitaria in forza delle previgenti disposizioni, di dare ulteriore impulso al procedimento con il rilascio del relativo permesso recante la dizione <<casi speciali>> a conclusione dell'iter amministrativo.

Sicché, stante la natura di impugnativa dell'eventuale ricorso ex art. 35 d. lgs. n. 25/08 contro il *dictum* di diniego della commissione territoriale in punto di protezione umanitaria -e, correlativamente, l'esigenza di evitare che i tempi del giudizio possano andare a detrimento della parte che ha ragione-, si opinava fosse del tutto conseguenziale ritenere non preclusa, anche alla stregua della nuova disciplina di cui al d.l. n. 113/2018, cit., la valutazione giudiziale di quelle che erano le condizioni sostanziali (pregresse) legittimanti la concessione della protezione umanitaria, quantunque esse fossero state erroneamente disattese o ingiustamente trascurate dalla commissione territoriale nel provvedimento di diniego poi impugnato in sede giurisdizionale.

2. In piena sintonia con l'indirizzo imperante fra i giudici di merito, la Cassazione n. 4890/2019, cit., aveva allora premesso che <<*il diritto di asilo costituzionale è integralmente compiuto attraverso il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale, non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non*

⁷ Cfr. Cass., S.U., 10 giugno 2009, n. 19393, in *Guida dir.*, 2009, 41, 88, con nota di PISELLI, e Cass. n. 4455/2018, cit., dove si afferma la natura dichiarativa e non già costitutiva della pronuncia giudiziaria resa sulla domanda di protezione umanitaria.

⁸ Cass., S.U., 17 dicembre 1999, n. 907, in *Riv. amm.*, 2000, 3, 3, 229, con nota di DE ANGELIS, *Si chiude il cerchio in materia di giurisdizione sugli stranieri: anche lo status di rifugiato politico è riconosciuto dal G.O.*; Cass. S.U., 26 maggio 1997, n. 4674, in *Guida dir.*, 1997, 33, 41, con nota di GIACALONE, *L'assenza di democrazia nel paese d'origine non qualifica lo straniero come rifugiato*, e in *Riv. amm.*, 1997, 9, 3, 927, con nota di DE ANGELIS, *In attesa di una legge organica in materia di diritto di asilo*.

predeterminato>>⁹. Ebbene, la qualificazione della protezione umanitaria come diritto soggettivo perfetto appartenente al catalogo dei diritti umani, di diretta derivazione costituzionale e convenzionale, rendeva evidente, sempre secondo la sentenza 4890, cit., la natura <<*meramente ricognitiva dell'accertamento da svolgere in sede di verifica delle condizioni previste dalla legge*>>¹⁰.

Pur ribadendo che il principio di irretroattività fissato nell'art. 11 delle preleggi non godrebbe copertura costituzionale, e potrebbe bensì essere derogato dal legislatore, la sentenza 4890, cit., affermava tuttavia che, in difetto di deroga espressa, la norma sopravvenuta non avrebbe potuto incidere, intaccandone la portata, sui <<rapporti giuridici esauriti>>; laddove invece, se fosse da applicare incongruamente la nuova disciplina, gli effetti già prodotti ad opera del pregresso "fatto generatore" del rapporto sarebbero stati inaccettabilmente disconosciuti.

Sempre la Cass. 4890, cit., richiamava così un indirizzo giurisprudenziale consolidato¹¹, e poi ulteriormente rafforzato da pronunce successive¹², secondo cui <<...*la legge nuova può essere applicata a fatti, status, situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti a un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati*>>.

Per lo straniero che aveva richiesto il riconoscimento della protezione umanitaria sotto la vigenza della disposizione di cui all'art. 5 co. 6 del d. lgs. n. 286 cit., senza conseguire tuttavia un accertamento definitivo sino al momento dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, sarebbe ingiustificato estendere (ad avviso di Cass. 4890, cit.) l'operatività della nuova normativa che verrebbe a incidere sul fatto generatore del diritto e sui suoi effetti, posto che il diritto soggettivo sarebbe qui preesistente alla verifica procedimentale ed (eventualmente)

⁹ Così al § 8.3, ult. cpv., della motivazione.

¹⁰ Si noti che la natura dichiarativa delle statuizioni in materia di diritto di asilo era stata affermata già in epoca risalente da Cass. S.U. n. 907/1999, cit..

¹¹ V. Cass. 14 febbraio 2017, n. 3845.

¹² Cass. S.U. 12 dicembre 1967, n. 2926, in *Foro it.*, 1968, I, 1254, e in *Foro pad.*, 1968, I, 764; Cass. 3 marzo 2000, n. 2433; Cass. 28 settembre 2002, n. 14073, in *Rass. dir. farm.*, 2003, 4, 691; Cass. 3 luglio 2013, n. 16620. Per la giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività della legge, cfr. GIULIANI, *Retroattività e diritti quesiti nel diritto civile*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, p. 101.

giudiziale, e sorgerebbe <<contestualmente al verificarsi delle condizioni di vulnerabilità, delle quali lo straniero ha richiesto l'accertamento con la domanda>>¹³.

L'applicazione retroattiva della nuova disciplina, secondo Cass. 4890, sarebbe altresì in contrasto con interessi costituzionalmente protetti e con <<valori di civiltà giuridica tra i quali sono ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti, la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico, il rispetto delle funzioni riservate all'ordinamento giudiziario>>¹⁴. Così facendo, la sentenza 4890, cit., adottava, conclusivamente, un iter logico in grado di elidere, per lo meno con riferimento al periodo pregresso (ossia alle domande di protezione internazionale presentate ante 5.10.2018), l'asprezza dei contenuti della riforma, la quale ultima era diretta, nelle intenzioni palesate dalla decretazione d'urgenza, ad attuare un indiscutibile "giro di vite" sulla c.d. protezione umanitaria.

3. L'ordinanza in commento, con argomentazioni di indubbia forza persuasiva, fornisce – rispetto agli esiti dell'analisi compiuta da Cass. 4890, cit.- una ricostruzione alternativa dell'assetto normativo.

L'iter logico dell'ordinanza in rassegna si scompone essenzialmente nei seguenti passaggi:

a) La nuova disciplina regolante la fattispecie si applica immediatamente ai rapporti in corso, senza che si richieda una disciplina intertemporale che ne disponga l'immediata operatività sul versante precettivo;

b) tale impostazione può (beninteso) determinare diseguaglianze che tuttavia debbono ritenersi ragionevolmente giustificate dal trascorrere del tempo e dal connesso fenomeno della successione di leggi nel tempo.

c) La nuova legge conterrebbe, peraltro, una norma di diritto intertemporale, *id est* l'art. 1 co. 9, che impone di applicare alle situazioni pendenti la nuova disciplina e non il vecchio permesso umanitario, talché rilasciare <<il permesso nuovo>> ma alle <<condizioni della legge previgente>>, come assume Cass. 4890, cit., sarebbe palesemente incongruo essendo evidente che il

¹³ Cfr. la motivazione al § 14, penultimo cpv..

¹⁴ V. Corte cost. 14 febbraio 2012 n. 78, in *Foro it.*, 2012, 10, I, 2585, con nota di PALMIERI, *Incostituzionalità dell'interpretazione autentica in materia di decorrenza della prescrizione nei rapporti bancari regolati in conto corrente*, e 25 maggio 2010, n. 209, in *Giur cost.*, 2010, 3, 2417, con nota di ESPOSITO, *Azione amministrativa, provvedimento, consecuzione di leggi*.

legislatore <<*ha inteso escludere che alle situazioni pendenti siano da applicare le norme ormai abrogate*>>.

d) L'applicazione immediata delle nuove disposizioni incontrerebbe il solo limite del "diritto quesito" e della fattispecie compiuta; mentre l'analisi della fattispecie della protezione umanitaria consente di qualificarla come <<*fattispecie complessa e a formazione progressiva e procedimentale*>>.

e) In relazione alla fattispecie a formazione progressiva, proprio la teoria del fatto compiuto impedirebbe di discorrere di retroattività: se la fattispecie non si è infatti completata finché il procedimento è in corso, allora la nuova disciplina si applica immediatamente a situazioni <<*aperte*>> e in fieri.

f) Di ciò è indubitabile (seppure indiretta) conferma nella stessa Cass. n. 4455/2018, cit., la quale richiede una valutazione comparativa della situazione oggettiva e soggettiva del richiedente asilo con riferimento al paese d'origine in correlazione con la situazione conseguita nel paese d'accoglienza, imponendo un apprezzamento amministrativo o giudiziale che si fissa necessariamente all'attualità.

Invero, gli snodi argomentativi, strettamente consequenziali fra loro, sgombrano il campo da alcuni possibili equivoci e mettono a nudo i passaggi più fragili della sentenza 4890, come quello (pag. 14.d) secondo cui <<*il diritto alla protezione umanitaria del richiedente (sarebbe) preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone, mediante il procedimento amministrativo ed eventualmente giurisdizionale*>>.

Se tale affermazione fosse corretta così com'è –precisa, ancora, l'ordinanza in commento-, non avrebbe senso fissare quale *discrimen* (tra l'applicazione della vecchia e della nuova disciplina) la data di presentazione della domanda amministrativa di protezione internazionale (ovvero di compilazione del c.d. modulo C 3), come incongruamente argomenta Cass. 4890, cit., posto che il diritto dovrebbe "preesistere" e insorgere già al momento dell'espatrio o al più dell'arrivo dello straniero nel paese d'accoglienza, e non correlarsi ad adempimento amministrativo successivo, che dovrebbe restare francamente irrilevante.

Ma, così argomentando, si arriverebbe però all'assurdo di ritenere –sempre nell'impostazione di Cass. 4890, cit.- che la protezione umanitaria da integrazione sociale possa in concreto maturare prima ancora che l'integrazione socio-economica abbia avuto

luogo ovvero che l'umanitaria per ragioni di salute spetti inopinatamente allo straniero già al momento dello sbarco, quantunque la patologia da cui egli è affetto sia insorta in corso di giudizio.

L'ulteriore pregio dell'ordinanza in rassegna sta nell'aver effettuato una qualificazione inedita, e certamente appropriata, del diritto alla protezione umanitaria, inquadrandolo nella categoria della fattispecie a formazione progressiva¹⁵, e chiarendo altresì come il diritto in parola, formandosi nel tempo, potrebbe in concreto non riuscire a perfezionarsi laddove sia nelle more subentrata una nuova disciplina sostanziale che ne altera (o abroga) i presupposti costitutivi.

Altrettanto significativa è l'affermazione (sempre contenuta nell'ordinanza in commento) secondo cui, trattandosi di fattispecie a formazione progressiva, il diritto in questione potrebbe utilmente integrarsi solo se esiste (e persiste) al momento della decisione; e ciò in quanto, alla stregua del meccanismo di comparazione delineato da Cass. 4455/2018, cit., se ne imporrebbe, comunque, una verifica di sua persistenza all'attualità.

Esemplificando: se il richiedente asilo, prima esente da problemi di salute, avesse contratto una patologia in epoca successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 113 cit. (*id est*, 5.10.2018), o se, ancora, quel cittadino straniero, dapprima sprovvisto di un'occupazione lavorativa, fosse riuscito a reperirne una stabile e congruamente retribuita ma ciò solo dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina e il giudizio si fosse protratto a lungo nel tempo, sarebbe arduo sostenere che, per il solo fatto di essere giunto sul suolo nazionale in epoca pregressa al 5.10.2018 e/o per avere compilato il modulo C 3 prima di tale data, egli possa fondatamente invocare tutela con applicazione della previgente normativa.

Proprio l'esigenza di trattare in termini uniformi situazioni equiparabili (come ad esempio nel caso di soggetti che, provenendo da condizioni personali di grave deprivazione dei diritti umani, conseguono simultaneamente nel paese d'accoglienza un'occupazione stabile o contraggono analoga patologia) dovrebbe indurre, quale che sia la data dell'approdo sulle coste nazionali, o la data di compilazione del modulo C 3, a considerare (per la eventuale maturazione, o meno, del diritto in questione) il perfezionamento della fattispecie, che si compone di plurimi elementi fra loro strettamente intrecciati, l'ultimo dei quali determina soltanto, quale anello finale di una catena prima incompleta, l'insorgenza del diritto alla protezione.

¹⁵ Cfr., per un'analogia impostazione, CASCIARO, *Questioni di diritto intertemporale sul D.L. N. 113 del 2018*, nota a Cass. 19 febbraio 2019, n. 4890, in https://www.magistraturaindipendente.it/attache/25/file/Il_diritto_vivente_n._1_2019_DEF%281%29.pdf.

Nessun serio apporto ai fini dell'interpretazione logica della disciplina -secondo l'ordinanza annotata- fornirebbe il rilievo di Cass. 4890, cit., secondo cui l'accertamento giudiziale avrebbe di per sé natura dichiarativa e non già costitutiva del diritto.

Se è vero che l'accertamento ha bensì natura dichiarativa¹⁶, ciò non vuol dire che il giudice non dichiarare esistente un diritto che si è integrato in tutti i suoi elementi non già al momento dell'approdo sulle coste nazionali o della presentazione della domanda di protezione, ma solo *ex post*, ovvero al momento della decisione sul ricorso ex art. 35 d. lgs. n. 25/08.

Ma l'ordinanza in commento sgombra anche il campo da un altro elemento di forte suggestione.

Il convincimento di Cass. 4890, cit., muoveva invero dal rilievo di fondo secondo cui la nuova disciplina sarebbe meno favorevole per il richiedente asilo, attuando una soppressione della protezione umanitaria <<generica>>¹⁷, ossia intesa come <<catalogo aperto>> nei sensi chiariti da Cass. 4455/2018, cit.; ma tale ultima pronuncia evidenziava –si noti- che tale <<catalogo aperto>> fosse, appunto, attuativo del diritto di asilo costituzionale. Ed allora: una volta introdotta la tipizzazione delle ipotesi di protezione residuale dal Decreto Sicurezza, si potrebbe solo ipotizzare l'esistenza nel sistema di una lacuna normativa laddove vi fossero, in via di ipotesi –il che è tutto da dimostrare¹⁸-, situazione meritevoli di asilo costituzionale non ricomprese nelle forme di protezione umanitarie ora puntualmente tipizzate. Senonché, ove ciò si verificasse in concreto, nulla impedirebbe (invero) all'interprete di applicare la disciplina costituzionale nella sua immediata valenza precettiva¹⁹. Tale ricostruzione del

¹⁶ Cass., S.U. n. 19393/2009 e Cass. n. 4455/2018, citate.

¹⁷ L'espressione è utilizzata da PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario*, op. cit., 18.

¹⁸ L'ordinanza della Cassazione n. 11750/2019, cit., non intende entrare in quelle che definisce <<suggerzioni irrilevanti>> relative al maggior o minor favor della legge vecchia rispetto a quella nuova, ma osserva tuttavia, incidentalmente, <<che la nuova legge prevede il rilascio di permessi in alcune situazioni che non consentivano il rilascio del permesso umanitario previgente>> (cfr. pag. 14, 1° cpv., della motivazione).

¹⁹ Cfr., a riguardo, *BENVENUTI, Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica*, in <https://www.osservatorioaic.it/it/osservatorio/ultimi-contributi-pubblicati/marco-benvenuti/audizione-resa-il-16-ottobre-2018-innanzi-all-ufficio-di-presidenza-della-commissione-1a-affari-costituzionali-del-senato-della-repubblica>, p. 166; cfr. altresì il comunicato del presidente MATTARELLA in <https://www.quirinale.it/elementi/18099>.

sistema elide, dunque, in radice l'apprezzamento di minore o maggior *favor* della legge vecchia rispetto alla nuova disciplina²⁰.

Si arriva così alla formulazione, nell'eloquente passaggio conclusivo (pag. 31, 1° cpv.), del rilievo consequenziale a tenore della quale *<<non si può convenire con la tesi, cui sembra aderire la sentenza 4890, secondo cui la protezione umanitaria sarebbe ormai "costituzionalizzata" con il contenuto proprio della legge precedente, con la conseguenza che non sarebbe più consentito al legislatore ordinario di abrogarla e neppure, come avvenuto, di tipizzarla mediante la previsione di permessi specifici per le diverse situazioni>>*. E ciò perché -soggiunge sempre l'ordinanza in rassegna- si dovrebbe quanto meno riuscire a dimostrare che *<<la sommatoria delle forme di protezione attualmente vigenti...sia insufficiente a garantire il nucleo minimo dell'asilo costituzionale garantito dalla Costituzione>>*.

4. Per l'ipotesi in cui si considerassero *<<ancora in vigore i previgenti parametri normativi della protezione per motivi umanitari>>*, la Cassazione 11750 solleva un'ulteriore (decisiva) questione, da rimettere anch'essa alle Sezioni Unite, e ciò con riferimento al principio enunciato da Cass. 4455/2018, cit., secondo cui, ai fini dell'umanitaria da integrazione socio-economica, dovrebbe effettuarsi un bilanciamento tra le condizioni di integrazione acquisite nel paese d'accoglienza e quelle di provenienza in modo da verificare se il rimpatrio *<<possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale>>*.

Secondo l'impostazione della Cassazione 11750, cit., *<<la suddetta valutazione comparativa presenta un contenuto vago e indefinito>>*, ma lo stesso parametro dell'integrazione sociale, rimanendo incerto sulla durata, sulle caratteristiche e i presupposti, e prescindendo *tout court* dalla regolarità dell'occupazione lavorativa, sarebbe il prodotto di un'operazione ermeneutica che poggia

²⁰ Non è invero da escludere che si affermi una rinnovata diretta applicazione del diritto di asilo costituzionale secondo un modello interpretativo già adottato in passato dalla Cassazione n. 4674/1997 cit., a tenore della quale l'art. 10 co. 3 Cost. *<<attribuisce direttamente allo straniero il quale si trovi nella situazione descritta da tale norma un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di godimento. Come è stato osservato in dottrina, il carattere precettivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale sono da ricondurre al fatto che essa, seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata>>*.

su basi normative <<*assai fragili*>>, non ravvisandosi, secondo la S.C., disposizioni idonee a suffragare la concessione, a tale titolo, del permesso di soggiorno.

I rilievi suesposti rimettono in discussione la stessa figura della protezione umanitaria da c.d. integrazione socio-economica, evidenziando come resti del tutto indeterminato quel “bilanciamento” tra l’integrazione acquisita dal cittadino straniero e la privazione dei diritti umani patita nel paese d’origine, non venendo affatto chiarito, alla stregua di Cass. 4455/2018, cit., se il bilanciamento in discorso debba essere condotto con riferimento esclusivo al diritto al lavoro, come concretamente esercitabile nel paese d’origine, ovvero con riguardo alla vita privata e/o familiare o, ancora, a parametri diversi (calamità naturali, carestie, siccità, epidemie ecc.), lasciando così un margine troppo ampio, e foriero di notevoli incertezze, all’interprete.

In assenza di parametri normativi certi per svolgere quel bilanciamento suggerito da Cass. 4455, cit., le scelte dei giudici di merito in punto di accertamento della vulnerabilità soggettiva sono, invero, troppo spesso orientate alla stregua di valutazioni mutevoli e puramente soggettive.

Cassazione civile sez. I, 03/05/2019, (ud. 12/04/2019, dep. 03/05/2019), n.11750

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. GENOVESE Francesco A. - Presidente -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - rel. Consigliere -
Dott. CAIAZZO Luigi - Consigliere -
Dott. SCORDAMAGLIA Irene - Consigliere -
Dott. SOLAINI Luca - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 6789/2018 proposto da:

Ministero dell’Interno, in persona del Ministro pro tempore,
domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l’Avvocatura

Generale dello Stato, che lo rappresenta e difende ope legis;

- ricorrente -

contro

C.A., domiciliato in Roma, Piazza Cavour, presso la
Cancelleria Civile della Corte di Cassazione, rappresentato e difeso
dall'avvocato Benzoni Martino, giusta procura in calce al
controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 647/2017 della CORTE D'APPELLO di TRIESTE,
pubblicata il 03/08/2017;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
12/04/2019 dal cons. Dott. LAMORGESE ANTONIO PIETRO.

RILEVATO CHE:

1.- La Corte d'appello di Trieste, con sentenza del 3 agosto 2017, ha parzialmente accolto il gravame di C.A., cittadino del (OMISSIS), avverso l'impugnata ordinanza di rigetto delle sue domande di riconoscimento della protezione internazionale, riconoscendogli soltanto la protezione umanitaria, sulla base del presupposto del suo radicamento nel tessuto sociale italiano, "nel quale studia e coltiva i suoi principali legami mentre in (OMISSIS) non ha rapporti familiari di rilievo" e tenuto conto della "sicura prognosi di insormontabili difficoltà di immediata reintegrazione nel Paese di origine", visto che "la permanenza in Italia per due anni gli consentirebbe di consolidare la sua preparazione professionale e di attrezzarsi meglio per il rientro in (OMISSIS)".

2.- Il Ministero dell'interno ha proposto ricorso per cassazione, con il quale si è doluto del riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari, all'esito di un'apodittica assimilazione del disagio da rimpatrio alla privazione dei diritti fondamentali; la Corte avrebbe basato la decisione su un generico "stato di fermento" esistente nel suo Paese, il quale verserebbe in una "incerta e difficile fase di transizione sociale da un modello governativo di stampo totalitario con uno dichiaratamente democratico", e sulla difficoltà di reinserirsi nel suo ambiente originario, senza tuttavia valutare in concreto la situazione particolare del soggetto nè la compromissione dei

suoi diritti fondamentali in caso di rimpatrio, e limitandosi ad avere riguardo alla situazione del suo Paese di origine in termini generali e astratti. Il cittadino straniero ha resistito con controricorso.

3.- All'adunanza camerale del 30 ottobre 2018, fissata a norma dell'art. 380 bis.1 c.p.c., questa Corte - rilevato d'ufficio che il 5 ottobre 2018 era entrato in vigore il D.L. 4 ottobre 2018, n. 113, avente ad oggetto, tra l'altro, disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale, immigrazione e sicurezza pubblica, con particolare riguardo a "disposizioni in materia di rilascio di speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario nonché in materia di protezione internazionale e di immigrazione", che poteva assumere rilevanza per la decisione del ricorso in esame, con riferimento sia all'oggetto della domanda di protezione e ai fatti dedotti, che al motivo di diritto posto a fondamento dell'impugnazione - ha assegnato termine alle parti per dedurre, ai sensi del disposto dell'art. 384 c.p.c., comma 4, non essendosi sulla suddetta questione sviluppato il contraddittorio tra le parti.

4.- Il Procuratore Generale ha presentato conclusioni scritte; il controricorrente da depositato memoria difensiva.

CONSIDERATO CHE:

1.- Sulla predetta questione di diritto - rilevante nella specie poichè la prospettazione della censura impone l'individuazione preliminare del paradigma legislativo applicabile alla domanda di riconoscimento del titolo di soggiorno per ragioni umanitarie - è intervenuta, di recente, la sentenza n. 4890 del 23 gennaio 2019 con la quale questa Corte ha enunciato il seguente principio:

"La normativa introdotta con il D.L. n. 113 del 2018, convertito nella L. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina del permesso di soggiorno per motivi umanitari di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, e delle altre disposizioni consequenziali, sostituendola con la previsione di casi speciali di permessi di soggiorno, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima dell'entrata in vigore (5/10/2018) della nuova legge. Tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale

ipotesi, all'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018, convertito nella L. n. 132 del 2018, farà seguito il rilascio da parte del Questore di un permesso di soggiorno contrassegnato con la dicitura "casi speciali", soggetto alla disciplina e all'efficacia temporale prevista dall'art. 1, comma 9, di detto decreto legge".

2.- Si deve premettere che il legislatore, come puntualmente rilevato nella sentenza n. 4890, ha eliminato la norma contenuta nel D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, che riconosceva il rilascio di un permesso di soggiorno del contenuto e della durata stabiliti nel regolamento di attuazione (D.P.R. n. 394 del 1999, art. 28, lett. d), in presenza di "seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali od internazionali dello Stato italiano" e, di conseguenza, modificando il D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 32, comma 3, ha escluso dalla cognizione delle Commissioni territoriali la verifica dei "gravi motivi di carattere umanitario"; ha previsto nuove forme di protezione inserite nel t.u. del 1998: il permesso di soggiorno in casi "speciali" per la presenza di rischi persecutori (D.Lgs. n. 298 del 1998, art. 19, comma 1, in relazione al D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 32, comma 3), per "cure mediche" (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lett. d bis), per "contingente ed eccezionale calamità che non consente il rientro e la permanenza (nel paese di provenienza) in condizioni di sicurezza" (art. 20 bis D.Lgs. cit.), per il compimento di "atti di particolare valore civile" (art. 42 bis D.Lgs. cit.).

A queste nuove forme di protezione (in disparte naturalmente quelle "maggiori" costituite dallo status di rifugiato e dalla protezione sussidiaria) si devono aggiungere - è opportuno rilevare - le preesistenti e numerose ipotesi di protezione umanitaria (in senso lato), non modificate dal nuovo legislatore, tra le quali si possono ricordare, esemplificativamente e senza pretesa di completezza, i permessi di soggiorno riconosciuti per motivi familiari in senso ampio (D.Lgs. n. 286 del 1998, artt. 28,29 e 30; D.P.R. n. 394 del 1999, art. 28, comma 1, lett. b), in favore dei minori (D.P.R. n. 394 del 1999, art. 28, lett. a-b; D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31), delle vittime di violenza domestica (art. 18 bis D.Lgs. cit.) e di sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12 quater, D.Lgs. cit.), ancora per cure mediche (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 36; D.P.R. n. 394 del 1999, art. 28, comma 1, lett. c), ecc.

3.- La motivazione della sentenza n. 4890, a sostegno del principio sopra enunciato, si sviluppa nei seguenti passaggi argomentativi.

3.1) La sentenza ritiene "necessario (...) verificare come opera (...) l'intervento legislativo nei procedimenti e nei giudizi in corso, alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla concreta operatività del principio d'irretroattività della legge contenuto nell'art. 11 preleggi (...) Unitamente a tale indagine è necessario verificare se il legislatore abbia introdotto una disposizione di carattere intertemporale applicabile ai giudizi in corso. Si deve rilevare al riguardo - prosegue la sentenza - che il D.L. n. 113 del 2018, art. 1, convertito nella L. n. 132 del 2018, contiene due disposizioni di carattere intertemporale, il comma 8 ed il comma 9" (p. 10).

Va detto che la prima delle due disposizioni (il comma 8) riguarda i permessi umanitari vigenti alla data di entrata in vigore della nuova legge, che rimangono validi ed efficaci fino alla scadenza legale del titolo di soggiorno, quando è ammesso il rilascio di un nuovo permesso di soggiorno (con la dicitura "protezione speciale"), a norma del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 32, comma 3, in presenza delle condizioni di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, commi 1 e 1, n. 1; la seconda disposizione (il comma 9) regola la sorte dei provvedimenti con i quali la Commissione territoriale abbia accertato la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario ed abbia trasmesso gli atti al questore, ma il procedimento di rilascio del permesso non sia ancora concluso, in tali casi il legislatore ha previsto che "allo straniero (sia) rilasciato un permesso di soggiorno recante la dicitura "casi speciali" ai sensi del presente comma, della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato".

La sentenza n. 4890 rileva ancora che "non vi è una espressa disciplina legislativa di carattere intertemporale" - salvo poi affermare che è lo stesso legislatore ad avere "indicato un principio di diritto intertemporale" nel comma 9 (p. 18) - riguardante (sia) i giudizi in corso", in particolare nei casi più frequenti - come nella fattispecie in esame - di diniego del permesso umanitario da parte delle Commissioni territoriali, (sia) "i procedimenti amministrativi in itinere alla data di entrata in vigore della nuova legge" (p. 11.1), e che non è possibile desumere (dal citato comma 9) "la regola dell'applicabilità immediata della nuova disciplina legislativa ai giudizi ed ai procedimenti amministrativi in itinere" (p. 12, 13, 17).

L'applicazione immediata della nuova legge sarebbe altrimenti - si afferma - indebitamente "retroattiva", in senso difforme dalle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, la quale vieta l'applicazione immediata delle norme sopravvenute quando ciò contrasti con interessi costituzionalmente protetti, con i principi di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento (p. 15).

3.2) Ne consegue, secondo la sentenza n. 4890, che la legge applicabile è quella vigente al momento della domanda amministrativa, essendo la durata del procedimento dovuta a fattori indipendenti dalla volontà del richiedente e vista l'esigenza di evitare disparità di trattamento tra coloro che abbiano ottenuto l'accoglimento della domanda di permesso umanitario in sede amministrativa sulla base del previgente D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, e coloro che, non avendo ottenuto una risposta in sede amministrativa o avendola ottenuta in senso negativo, si vedrebbero valutata la domanda, nella stessa sede o nella sede giudiziaria, sulla base dei nuovi parametri normativi. La soluzione prescelta, di applicare la legge previgente "nelle ipotesi in cui l'accertamento del diritto, al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, sia in itinere", servirebbe ad "assicurare una condizione di rigorosa parità di trattamento di situazioni omogenee" (p. 18); sarebbe lo stesso legislatore (nel comma 9) ad avere "indicato un principio di diritto intertemporale che, indipendentemente dalla portata letterale della disposizione, non può non essere applicato a tutte le situazioni soggettive omogenee, secondo una interpretazione sistematica" (p. 18).

3.3) A "conferma" di questa conclusione è richiamato il principio di irretroattività della legge sostanziale posto dall'art. 11 preleggi ("la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo"), come inteso dalla costante giurisprudenza, nel senso che "la norma sopravvenuta è inapplicabile, oltre che ai rapporti giuridici esauriti, anche a quelli ancora in vita alla data della sua entrata in vigore, ove tale applicazione si traduca nel disconoscimento di effetti già verificatisi ad opera del pregresso fatto generatore del rapporto, ovvero in una modifica della disciplina giuridica del fatto stesso" (da Cass. 4 maggio 1966, n. 1115 a Cass. 14 febbraio 2017, n. 3845), con conseguente applicazione non solo ai cosiddetti "diritti quesiti", ma anche ai "fatti compiuti" (p. 13.1).

3.4) La sentenza invoca la natura meramente ricognitiva del giudizio di accertamento, in sede amministrativa e giurisdizionale, dei presupposti di fatto che legittimano la protezione umanitaria, senza margini di apprezzamento discrezionale ("il diritto soggettivo (...) è preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone", p. 14.d), in linea di affermata continuità con la giurisprudenza di legittimità e con il diritto Eurounitario.

3.5) Nel tessuto argomentativo della sentenza n. 4890 un rilievo decisivo, che assurge a "premessa ineludibile" (p. 9) per la soluzione della controversa questione, è "la qualificazione giuridica" del diritto al permesso umanitario, inteso come diritto fondamentale o "diritto soggettivo perfetto appartenente al catalogo dei diritti umani", radicato nel (o "intimamente connesso" con il) diritto di asilo costituzionale, di cui all'art. 10 Cost., coerentemente con "il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale (...) non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non predeterminato, secondo il paradigma normativo aperto del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6" (p. 8.5), in forza di precisi "obblighi costituzionali e internazionali assunti dallo Stato" (p. 8.5, 14.d), interferenti "con il diritto dell'Unione Europea" (p. 16).

4.- Il Collegio non condivide il principio enunciato nel suddetto precedente, nè le argomentazioni addotte a sostegno sia dell'affermazione della persistente applicabilità di parametri normativi espressamente abrogati dalla nuova legge per il riconoscimento della protezione umanitaria (nei procedimenti in corso e nei casi di diniego della protezione umanitaria da parte dell'e Commissioni territoriali), sia dell'interpretazione offerta del (e della funzione attribuita al) citato art. 1, comma 9.

Verranno di seguito esposte le ragioni di perplessità riferibili alle singole argomentazioni svolte nella sentenza n. 4890, riassunte nei paragrafi precedenti (sub 3.1.-3.5).

4.1) In primo luogo, l'argomentazione iniziale, sub par. 3.1), indicativa del metodo seguito nella sentenza 4890, non è condivisa dal Collegio: in presenza di una legge sopravvenuta di diritto sostanziale, che regola la fattispecie contenziosa, entrata in vigore in pendenza di un procedimento amministrativo e giurisdizionale, il giudice per poterla applicare non è chiamato a verificare

l'esistenza nella nuova legge di una disposizione speciale che ne preveda (o ne consenta) l'immediata applicazione; il giudice infatti è tenuto ad applicarla, poichè "le leggi e i regolamenti divengono obbligatori" quando entrano in vigore (il quindicesimo giorno successivo alla loro pubblicazione), "salvo che le leggi stesse stabiliscano un termine diverso" (art. 73 Cost., comma 3, e art. 10 preleggi).

E' questo un corollario del principio di uguaglianza di fronte alla legge che - si intende - deve applicarsi nei confronti di tutti i cittadini, non tollerandosi, di regola, l'applicazione contemporanea di leggi diverse regolanti la medesima situazione sostanziale, fermo il principio secondo cui il trattamento differenziato tra i cittadini è possibile per effetto del mutamento della disciplina nel tempo, senza che ciò dia luogo ad un contrasto col principio di eguaglianza, poichè il trascorrere del tempo ed il connesso fenomeno della successione delle leggi costituisce di per sè un ragionevole motivo di differenziazione normativa (tra le tante, Corte Cost. n. 401 del 2008, n. 18 del 1994, n. 456 del 1990, n. 1019 del 1988).

L'applicazione immediata di una nuova norma, non solo, "non è astrattamente vietata" (come si legge nella sentenza n. 4890, p. 15), ma è la regola vincolante per gli interpreti (salvo quanto si dirà più avanti per le norme effettivamente retroattive), ai quali non è consentito di incidere sulla vigenza della legge, la cui conformazione inerisce alle attribuzioni proprie del (e riservate al) legislatore.

Non si capirebbe, del resto, l'insegnamento in base al quale le questioni fatti possono essere introdotte nel processo sino al momento della precisazione delle conclusioni, mentre l'ultimo momento utile per applicare il mutamento normativo (quaestiones iuris) è la pubblicazione della sentenza, anche di legittimità (da ultimo Cass. SU 27 ottobre 2016, n. 21691), al fine di consentire che la decisione sia il più possibile corrispondente alle condizioni di fatto e di diritto esistenti in quel momento.

La constatazione, presente nella sentenza n. 4890, secondo cui la nuova legge non contiene una espressa disciplina di "carattere intertemporale" riguardante i procedimenti amministrativi e i giudizi in corso, da un lato, non è quindi sufficiente per desumerne l'inapplicabilità ai rapporti in

corso (alle domande di protezione umanitaria non ancora definite in sede amministrativa e a quelle pendenti in sede giurisdizionale) e, dall'altro, non appare corretta.

Il rilievo che si tratterebbe, altrimenti, di una applicazione o efficacia retroattiva della legge, in violazione del canone dell'irretroattività, non è condivisibile, confondendosi in tal modo la nozione di "retroattività" con quella di "applicazione immediata", la quale è connaturata al principio di imperatività della legge, che finirebbe altrimenti per applicarsi solo ai rapporti "nuovi", cioè interamente "sorti" dopo l'entrata in vigore della nuova legge, mai a quelli "in corso" al momento della decisione, conclusione questa che non trova riscontri nell'ordinamento.

La sentenza riferisce che la giurisprudenza costituzionale vieta le leggi retroattive a determinate condizioni e, tuttavia, non è al giudice ordinario che è affidato il compito di controllare il rispetto di queste condizioni (in relazione ai principi di ragionevolezza, di tutela dell'affidamento o degli altri interessi costituzionali), la cui violazione inficerebbe la legittimità della stessa legge, venendo in gioco un'operazione di bilanciamento di interessi e valori che è rimessa solo al legislatore ed è sindacabile, se del caso, solo dalla Corte costituzionale (sul punto si tornerà più avanti).

Neppure va sottovalutato che lo strumento utilizzato del decreto legge, convertito con legge che esclude la vacatio (ex L. n. 400 del 1988), è segno dell'intenzione del legislatore di intervenire immediatamente nelle fattispecie in corso (la L. n. 400 del 1988, art. 15 dispone che i decreti leggi "devono contenere misure di immediata applicazione"): escludendo l'applicazione della nuova legge a tutti coloro che abbiano solo avviato un procedimento per il riconoscimento della protezione umanitaria, sarebbe impedito alla legge di raggiungere i suoi effetti, esonerando tra l'altro indebitamente la stessa autorità amministrativa dall'applicarla. Nei casi esaminati da Cass. 14 giugno 1999, n. 5181 e SU 27 ottobre 1993, n. 10690, la Corte, nel riconoscere l'applicazione immediata della nuova legge sull'usucapione breve, ha "ricordato che, come disposto dalla L. 10 maggio 1976, n. 346, art. 6, è entrata in vigore il primo giorno successivo alla sua applicazione nella Gazzetta Ufficiale. La espressa esclusione dalla normale vacatio legis non troverebbe spiegazioni ove le disposizioni contenute nella legge in questione fossero destinate a trovare applicazione solo

vari anni dopo la sua entrata in vigore, mentre ha una sua ratio nel riconoscimento della efficacia integrale del possesso maturato sotto la precedente disciplina".

Inoltre, pur ipotizzando in astratto che di applicazione retroattiva si tratti, la giurisprudenza da tempo insegna che "il principio di irretroattività della legge in generale può essere derogato in modo espresso ovvero tacito e desumibile in modo non equivoco da obiettivi elementi del contenuto normativo" (Cass. 18 dicembre 1979, n. 6572; 28 maggio 1979, n. 3111; 19 giugno 1972, n. 1917). Nel nostro caso vi è di più.

E' arduo negare che la nuova legge contenga una norma di diritto intertemporale, qual è l'art. 1 (comma 9), che indica chiaramente che alle situazioni pendenti, ove positivamente vagliate in sede amministrativa, si applichi il meccanismo di conversione del permesso umanitario nel permesso "in casi speciali": è quindi ovvio dedurne che il legislatore ha inteso escludere che alle situazioni pendenti siano da applicare le norme ormai abrogate. Non si comprende per quale ragione l'autorità amministrativa non dovrebbe applicare interamente la nuova normativa, essendo tenuta a provvedere alla conversione del permesso che è prevista dalla nuova legge.

E' di ciò sembra consapevole la Corte nel precedente con il quale ci si confronta, laddove esclude che, vagliata positivamente la domanda di permesso in sede amministrativa o giudiziaria, si possa rilasciare allo straniero il vecchio permesso umanitario, atteso che "il titolo di soggiorno rilasciato dal Questore (...) sarà conformato al paradigma contenuto nel comma 9 (...)", poichè la fase attuativa successiva al provvedimento della Commissione territoriale o del giudice "non può che esplicarsi sulla base della nuova normativa vigente, che non riconosce più per il futuro, dalla data di entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018, il rilascio di un permesso umanitario disciplinato, quanto a contenuto e durata, dal D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6 e dal relativo regolamento di attuazione" (p. 18). In altri termini, secondo la ricostruzione operata dalla sentenza 4890, il permesso da rilasciare sarebbe quello nuovo, ma le condizioni sarebbero quelle della legge previgente. Più coerente, ma ugualmente non condivisibile, è il percorso argomentativo seguito dal Procuratore Generale il quale ha concluso per la persistente e integrale applicazione del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6.

4.2) La conclusione della sentenza 4890 non è condivisa dal Collegio: da un lato, si nega l'applicabilità immediata della nuova normativa e si afferma la necessità di continuare ad applicare la previgente normativa (abrogata) del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 5, quanto alle condizioni sostanziali richieste per il riconoscimento della protezione umanitaria; ma dall'altro si applica la nuova normativa, implicitamente riconoscendone l'applicabilità immediata limitatamente al nomen e alla durata del permesso da rilasciare, con un effetto sostanzialmente creativo di una norma transitoria "nuova", risultante da una commistione tra norme diverse.

Sgomberato il campo da suggestioni irrilevanti (come si dirà più avanti) relative al maggiore o minore favor della legge vecchia rispetto a quella nuova (si osserva incidentalmente che la nuova legge prevede il rilascio di permessi in alcune situazioni che non consentivano il rilascio del permesso umanitario previgente), interessa soffermarsi sulla motivazione offerta dalla sentenza che, come riferito al par. 3.2), si propone di rispondere all'esigenza di garantire parità di trattamento tra coloro (ai quali è rilasciato il permesso "nuovo") la cui domanda sia stata positivamente vagliata in base ai vecchi parametri normativi e coloro la cui domanda non sia stata ancora esaminata dalle Commissioni territoriali o sia stata respinta secondo i vecchi parametri, poichè costoro altrimenti dovrebbero "subire" l'applicazione della nuova legge nei procedimenti amministrativi e giudiziari in corso.

Il Collegio ritiene che si tratti di un intervento ortopedico sul testo della norma che incide sul delicato aspetto della vigenza (cioè della stessa esistenza e applicabilità) della legge, all'esito di un bilanciamento di valori e interessi costituzionali (ragionevolezza, parità di trattamento, ecc.) che è riservato esclusivamente al legislatore (Cass. SU 9 settembre 2009, n. 19393) ed è controllabile dal giudice delle leggi, con l'effetto di favorire l'ultrattività della legge previgente: a quest'ultimo riguardo, se è vero che "continuare ad applicare per i fatti passati la legge del tempo (...) non significa disapplicare la legge nuova, destinata a regolare unicamente le situazioni presenti e future", è anche vero che ciò può dirsi sempre che la legge previgente "non sia stata espressamente abrogata dalla legge successiva, di natura non retroattiva, parzialmente modificativa della disciplina precedente" (Cass. SU 25 maggio 1991, n. 5939), come appunto nella specie, visto che le norme sul permesso umanitario sono state espressamente abrogate (sostituite) dalla legge nuova, nella quale neppure si rinviene un chiaro differimento dell'efficacia delle nuove disposizioni.

Detta operazione ermeneutica non sembra consentita dalla "lettera" della norma che notoriamente costituisce un limite invalicabile dell'attività interpretativa, la quale "è segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale" (Cass. SU 23 dicembre 2014, n. 27341; SU 19 settembre 2017, n. 21617; 30 marzo 2017, n. 8282; 21 marzo 2017, n. 7157); "l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo ai sindacato di legittimità costituzionale" (Corte Cost. n. 42 del 2017, oltre a Corte Cost. n. 36 del 2016; n. 231 del 2013; n. 91 del 2013).

L'ipotizzata esigenza di evitare disparità di trattamento e di trattare ugualmente le "situazioni soggettive omogenee" non sussiste: infatti se una disparità di trattamento vi fosse nella legge questa sarebbe rimediabile solo all'esito di un giudizio di legittimità costituzionale della legge; inoltre, la situazione dei richiedenti che abbiano ottenuto dalle Commissioni territoriali il parere positivo sui gravi motivi di carattere umanitario (comma 9) è diversa da quella dei richiedenti che abbiano ottenuto il rigetto della loro domanda; se una differenza è ravvisabile questa è dovuta allo scorrere del tempo e alla diversa collocazione in esso dei fatti giuridici, ma questa situazione ben può legittimare una diversa modulazione dei rapporti che ne scaturiscono e giustificare una differenziazione normativa, trattandosi di situazioni solo apparentemente omogenee (Corte Cost. n. 401 del 2008 e le altre già citate).

Si dovrebbe altrimenti sostenere che vi sia una disparità di trattamento anche rispetto ai richiedenti che abbiano già ottenuto il vecchio permesso umanitario, per l'asserito pregiudizio lamentato da coloro che, avendo fatto domanda nel vigore della nuova legge, devono essere assoggettati alla nuova legge. E del resto, a ritenere applicabile la legge vigente al momento della domanda, una disparità di trattamento sarebbe determinata proprio dalla differenziazione normativa tra coloro che abbiano presentato la domanda entro il 5 ottobre 2018 e coloro che, pur trovandosi nella medesima situazione, non l'abbiano ancora presentata.

4.3) La sentenza n. 4089 cita alcuni precedenti di questa Corte che dimostrerebbero l'impossibilità di applicazione, che si definisce retroattiva, delle norme sopravvenute qualora incidenti non solo su diritti quesiti, ma anche su "fatti compiuti", alla luce del noto principio

secondo cui la norma sopravvenuta - salvo espressa disposizione contraria - è inapplicabile ai rapporti giuridici già esauriti e a quelli sorti anteriormente e ancora in vita al momento della sua entrata in vigore, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi ad opera del pregresso fatto generatore e si venga a togliere efficacia alle conseguenze attuali o future di esso (v. par. 3.3).

Essenziale, ai fini dell'individuazione della portata retroattiva o meno della norma sopravvenuta, è la qualificazione della situazione giuridica incisa da essa, al fine di discernere il fatto generatore del diritto dai suoi effetti, comportando la retroattività (in senso proprio) il disconoscimento per il passato di effetti giuridici già sorti e per questa via lo sconvolgimento delle situazioni giuridiche sorte durante il periodo di vigenza della vecchia legge ("facta praeterita").

Ove si tratti di un contratto o (a certe condizioni) di un illecito, il fatto generatore si identifica con la fattispecie che può dirsi compiuta, ma al di fuori da queste ipotesi è necessaria un'attenta analisi della fattispecie per verificare se, nella catena dei fatti (anche secondari) che la integrano, alcuni di essi siano riconoscibili come autonomi e giuridicamente rilevanti, ai fini della costituzione di una situazione soggettiva che possa dirsi acquisita in capo al soggetto.

Solo in tal caso infatti sarebbe possibile ravvisare un "fatto compiuto" impermeabile alla legge sopravvenuta.

La giurisprudenza ha precisato che "al di fuori della materia penale (o, più in generale, punitiva), non ha rilevanza il fatto che, in base all'applicazione retroattiva della legge sopravvenuta, derivi al titolare della situazione soggettiva un vantaggio o invece uno svantaggio, cosicchè non deve indurre (magari inavvertitamente) ad una più liberale applicazione retroattiva della legge sopravvenuta la circostanza che una posizione tutelata ne risulti accresciuta o migliorata (o viceversa). E ciò sia perchè nei rapporti intersoggettivi al vantaggio di uno dei soggetti si correla lo svantaggio dell'altro (solitamente dovuto a ragioni di interesse generale, quando si tratti di soggetto pubblico), sia perchè nel sistema costituzionale non è, in linea di principio, interdetto al legislatore di emanare disposizioni, anche retroattive, che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata (...)" (Cass. SU 25 maggio 1991, n. 5939).

4.3.1) Ad avviso del Collegio, nessuno dei precedenti richiamati è utile a sorreggere la conclusione fatta propria dalla sentenza n. 4890, perchè tutti riferiti a fattispecie in cui, talora, l'applicazione retroattiva è stata esclusa in situazioni in cui era possibile effettivamente isolare uno o più fatti "generatori", in tal senso costitutivi di una situazione soggettiva acquisita in capo al titolare e, altre volte, la retroattività è stata ammessa proprio per essere stata esclusa l'esistenza di fatti compiuti. In particolare:

a) Le sentenze 14 febbraio 2017, n. 3845 e 24 luglio 2007, n. 16395 hanno ammesso la perdurante applicabilità della norma (successivamente abrogata) prevedente l'estinzione d'ufficio delle controversie relative ai crediti maturati dai consorzi agrari, trattandosi di liti aventi ad oggetto un diritto di credito per una gestione di ammassi "che sia stata svolta ed abbia esaurito i suoi effetti prima dell'abrogazione".

b) La sentenza 28 settembre 2002, n. 14073 ha ritenuto legittima la sospensione dell'erogazione della pensione già attribuita, proprio in applicazione di una legge sopravvenuta che vietava al beneficiario il contestuale svolgimento di attività lavorativa, rilevando che la nuova legge ben poteva regolare diversamente gli effetti correlati alla concreta erogazione dei ratei, essendo pienamente rispettosa del principio di non retroattività della legge, non avendo inciso sul fatto generatore del diritto.

c) La sentenza 3 luglio del 2013, n. 16620 ha rigettato la domanda del professionista che infondatamente chiedeva di applicare la legge regionale sopravvenuta che vietava l'inserimento nel contratto d'opera professionale, stipulato con un comune, di una clausola che condizionava il pagamento del corrispettivo all'avvenuto finanziamento dell'opera.

d) La sentenza 3 marzo 2000, n. 2433 ha ritenuto legittima l'applicazione della normativa sopravvenuta che disponeva la revoca di ratei dell'indennità di accompagnamento a decorrere da una data successiva a quella prevista dalla legge precedente, evidenziando che la norma innovatrice non era diretta a regolare il fatto generatore del rapporto ma solo gli effetti di esso e quindi rispettava il principio di non retroattività della legge.

e) La citata sentenza n. 5939 del 1991 ha ritenuto non applicabile la nuova legge che disciplinava diversamente il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità in caso di morte dell'ex coniuge, perchè incidente direttamente e innovativamente sul fatto generatore e non solo sui suoi effetti, fatto dalla nuova legge individuato nella morte del coniuge assicurato (avvenuto prima dell'entrata in vigore della nuova norma), intesa come costitutiva di un vero e proprio diritto alla prestazione previdenziale, sottoposto ex novo alla condizione imprescindibile della titolarità dell'assegno divorzile, prima non richiesta dalla legge previgente nè quindi esigibile nei confronti dell'interessato.

f) La sentenza 28 aprile 1998, n. 4327, per altro verso, ha ritenuto applicabile lo jus superveniens che attribuiva al coniuge divorziato il diritto ad una percentuale dell'indennità di fine rapporto di lavoro percepita dall'ex coniuge, ritenendo che la nuova legge non incidesse sul fatto generatore del diritto ma solo sui suoi effetti "che trovano il loro normale svolgimento nel tempo", sicchè poteva essere applicata retroattivamente "con l'attribuzione ex nunc di effetti nuovi a fatti pregressi"; ad avviso della Corte, "il discrimine temporale tra vecchia e nuova disciplina non può essere segnato (come vorrebbe il ricorrente) dal momento del verificarsi dell'elemento presupposto, ossia dalla data del divorzio, bensì da quello del verificarsi della fattispecie generatrice del nuovo diritto, vale a dire dalla maturazione dell'indennità. E' per questo che l'art. 12 bis deve ritenersi applicabile ove l'indennità di fine rapporto sia maturata successivamente all'entrata in vigore della L. n. 74 del 1987".

4.3.2) La sentenza n. 4890 giunge alle conclusioni viste senza analizzare la fattispecie della protezione umanitaria, nella quale, in realtà, non esiste nè un "fatto" nè un fatto "compiuto" qualificabile come "generatore", i cui effetti sarebbero impropriamente disconosciuti dalla legge sopravvenuta retroattiva.

Se un elemento di fatto può trarsi dal provvedimento negativo della Commissione territoriale, questo è proprio l'insussistenza di un fatto acquisitivo del beneficio invocato, sicchè per definizione la legge sopravvenuta non potrebbe definirsi retroattiva e dovrebbe quindi trovare immediata applicazione.

Il conseguimento della protezione umanitaria infatti è una fattispecie complessa e a formazione progressiva, come chiaramente si desume dal fatto che essa consiste in un permesso del quale l'ordinamento postula che si valutino i presupposti nell'ambito di un apposito procedimento: dunque è una fattispecie complessa, progressiva e procedimentale (dove, come nei rapporti di durata, "ancor più vanno tenuti distinti dal fatto generatore del diritto gli effetti di esso, che necessariamente si protraggono nel tempo per il normale svolgimento del rapporto a partire dal momento in cui esso nasce", Cass. n. 5939 del 1991 cit.).

In relazione alle fattispecie a formazione progressiva proprio la teoria del fatto compiuto impedisce di discorrere di retroattività: la fattispecie non si è formata finché il procedimento è in corso, e quindi non di retroattività della norma sopravvenuta si può parlare, ma semplicemente di applicazione immediata in situazioni "aperte" e in fieri.

A confermarlo è proprio la conformazione della protezione umanitaria ad opera di Cass. 23 febbraio 2018, n. 4455 (sulla quale ci si soffermerà più avanti), la quale, richiedendo una valutazione comparativa della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine in correlazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza, non cristallizza l'indagine al momento dell'ingresso nel territorio e neppure della domanda, ma impone di verificare il più possibile all'attualità la condizione di vulnerabilità del soggetto nei suoi profili non solo fattuali ma anche giuridici, trattandosi di una situazione complessa, dinamica e mutevole.

Seguendo la tesi confutata, il giudice dovrebbe riconoscere la protezione internazionale anche ai richiedenti responsabili di gravi reati, non previsti dalla vecchia legge ma dalla legge sopravvenuta come ostativi per la concessione della protezione, sol perchè abbiano avviato il procedimento amministrativo nel vigore della vecchia legge, conclusione questa che sarebbe davvero arduo sostenere (nel senso che la pericolosità sociale, ostativa al permesso per motivi di lavoro, debba essere valutata in base alle fattispecie criminose previste dallo *jus superveniens* intervenuto nel procedimento amministrativo in corso, v. TAR Salerno, 30 luglio 2009, n. 4221).

4.3.3) L'interpretazione fatta propria dalla sentenza 4890 non trova riscontri nella giurisprudenza di legittimità che, in varie materie, pure riguardanti diritti fondamentali, di natura personale e patrimoniale, afferma l'immediata applicabilità della legge sopravvenuta, in mancanza di diritti quesiti o fatti compiuti.

a) In tema di ricongiungimento familiare, questa Corte ha costantemente ribadito l'applicabilità nei processi in corso del regime giuridico meno permissivo introdotto dal D.Lgs. 3 ottobre 2008, n. 160, modificativo del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 29, riconoscendo trattarsi di procedimento a formazione complessa (Cass. 27 settembre 2013, n. 22307; 23 marzo 2012, n. 4752; 30 marzo 2011, n. 7218).

b) In tema di elettorato passivo, ha affermato l'applicabilità della legge sopravvenuta innovativa nelle controversie in corso "trattandosi di norma in materia di status e capacità delle persone" (Cass. 19 settembre 1972, n. 2760; 23 giugno 1972, n. 2079; 25 febbraio 1972, n. 562), salvo che nelle fattispecie "chiuse" relative a "competizione elettorale già avvenuta ed esaurita" (Cass. 21 luglio 1998, n. 7123).

c) In tema di "accertamento" del diritto di usucapione, ai fini del compimento del periodo di quindici anni, necessario per l'usucapione speciale di cui all'art. 1159 bis c.c., introdotto dalla L. 10 maggio 1976, n. 346, questa Corte ha negato che il possesso ad usucapionem iniziato prima del 1976 restasse regolato dalle norme previgenti e quindi postulasse il decorso del termine ventennale e, riconoscendo l'immediata applicabilità della nuova legge, ha ritenuto invocabile il possesso quindicennale iniziato prima e concluso dopo l'entrata in vigore della nuova normativa (Cass. SU 27 ottobre 1993, n. 10690).

d) In tema di distanze tra costruzioni, la Corte ha stabilito che se dopo la concessione edilizia sopravvengono nuove norme sulle distanze tra edifici, o sulla loro volumetria o altezza, il costruttore deve conformarsi allo jus superveniens, salvo che la costruzione sia già realizzata (legittimamente secondo la normativa del tempo), perchè in tal caso si ravvisa un "fatto compiuto" e consolidato, sul quale non può incidere retroattivamente la nuova disciplina più restrittiva della precedente (tra le tante, Cass. 4 agosto 1997, n. 7185).

f) In tema di prescrizione, la Corte ha stabilito che la nuova legge può modificare il termine della prescrizione allungandolo o abbreviandolo, anche quando la prescrizione sia cominciata sotto l'impero della legge anteriore, respingendo la tesi della parte che aveva interesse all'applicazione del termine più breve previsto dalla legge anteriore, con l'effetto di escludere l'esistenza di un "fatto compiuto" (Cass. 23 giugno 1945, n. 468).

g) In tema di espulsione, la Corte ha accolto l'opposizione ad un decreto di espulsione di un cittadino rumeno, in applicazione dello jus novum della legge di ratifica del Trattato di adesione all'Unione Europea della Repubblica di Romania (Cass. 8 giugno 2007, n. 14056).

e) In tema di assegno divorzile, la Corte ha stabilito l'immediata applicabilità della nuova normativa in tema di assegno di divorzio, ex lege n. 74 del 1987, ai giudizi, anche in cassazione, in corso al momento dell'entrata in vigore della stessa, alla stregua dei principi generali sullo jus superveniens (Cass. 4 aprile 1990, n. 2799; 20 febbraio 1988, n. 1773).

4.3.4) La tesi secondo cui il diritto al riconoscimento della protezione umanitaria si configura come un diritto fondamentale "immanente" della persona, che sorge al momento del suo ingresso nel territorio del paese ospitante o, al più tardi, della presentazione della domanda di protezione alla Commissione territoriale, secondo le condizioni stabilite dalla legge vigente al momento del fatto generatore, presuppone che si identifichi prima il "fatto generatore".

A prescindere per ora dalle aporie intrinseche in questa tesi e sorvolando sull'ambiguità dei suddetti riferimenti temporali (all'ingresso nel territorio nazionale o alla domanda), se il "fatto" si identifica (e dissolve) nell'intera fattispecie, allora bisognerebbe dimostrare che tale fattispecie sia (se non proprio esaurita) quantomeno "compiuta" per poter sostenere che la legge sopravvenuta ne disconoscerebbe impropriamente gli effetti, altrimenti sarebbe inutile anche discettare di fatto "compiuto" e "diritto quesito".

In realtà, siamo in presenza di un accertamento tutto da compiere, il quale non ha ad oggetto la verifica di un presupposto processuale che deve preesistere all'introduzione del giudizio, ma la

sussistenza delle condizioni previste dalla legge per il riconoscimento della protezione richiesta, che è una valutazione inerente alla fondatezza o infondatezza della domanda nel merito.

Si è in presenza, al più, di un affidamento di fatto della parte nell'applicazione di una legge o di un'altra per la decisione sulla domanda di protezione, ma l'amministrazione è tenuta ad applicare la normativa vigente al momento del provvedimento, "a nulla rilevando che, in ipotesi, la domanda sia stata presentata sotto la vigenza di una legislazione più favorevole al richiedente; infatti non si può riconoscere alla semplice presentazione della domanda l'effetto di costituire una posizione giuridica acquisita, prevalente sullo *jus superveniens*" (Cons. di Stato, sez. IV, 4 maggio 1982, n. 267; è un orientamento costante nella giurisprudenza amministrativa: Cons. di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2171; sez. IV, 14 dicembre 2017, n. 5894; sez. IV, 13 dicembre 2017, n. 5885; 13 aprile 2016, n. 1450).

E analogamente, il giudice ordinario è tenuto ad applicare la legge vigente al momento della decisione giurisdizionale, all'esito di un giudizio che non ha natura meramente impugnatoria del provvedimento amministrativo di diniego, ma ha ad oggetto la verifica della sussistenza del diritto soggettivo alla protezione invocata, sulla quale il giudice deve statuire nel merito (Cass. 22 marzo 2017, n. 7385).

Diverso è evidentemente il caso in cui la fattispecie procedimentale sia "definita" per essere il provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile prima dell'entrata in vigore della nuova legge (Cons. di Stato, sez. V, 23 aprile 1991, n. 655): nella specie, dissentendo da quanto rilevato dal Procuratore Generale, la fattispecie non è "definita", essendo la domanda stata rigettata dalla Commissione territoriale con provvedimento impugnato in sede giurisdizionale con esito parzialmente favorevole per il richiedente e contestato dal Ministero che ha proposto ricorso per cassazione.

Nè varrebbe obiettare che, applicandosi da parte del giudice una normativa diversa da quella vigente al momento della decisione della Commissione territoriale, verrebbe alterata la struttura bifasica prevista dalla legge per la decisione, che prevede un procedimento amministrativo seguito da quello giurisdizionale. E' agevole replicare che, da un lato, la struttura bifasica sarebbe intatta,

così come gli accertamenti fattuali operati nella sede amministrativa rimarrebbero validi ed efficaci nella successiva giurisdizionale; dall'altro, non si potrebbe impedire al giudice, in mancanza di specifica disposizione di legge, di conoscere e applicare la legge sopravvenuta (*jura novit curia*).

4.4) L'ulteriore argomento utilizzato dalla sentenza n. 4890 e valorizzato dal Procuratore Generale, circa la natura ricognitiva e di mero accertamento della decisione giurisdizionale avente ad oggetto la protezione umanitaria (v. par. 3.4), non è utile alla tesi della persistente applicazione della legge vigente al momento della domanda.

Se si tratta di mero accertamento dichiarativo (o ricognitivo, come recita, con riguardo tuttavia ai rifugiati, il Considerando 21 della direttiva 2011/95/UE) - seguendo le indicazioni provenienti da Cass. SU n. 19393 del 2009 citata, che tanto affermò (solo) per far radicare la giurisdizione del giudice ordinario, negando la degradazione del diritto azionato ad interesse legittimo (da ultimo, SU 11 dicembre 2018, n. 32044) -, ciò significa che, una volta concluso positivamente il giudizio, gli effetti della sentenza dovrebbero retroagire al momento in cui sono venute ad esistenza le condizioni normativamente previste per il rilascio del permesso.

In tal caso il diritto dovrebbe sorgere per la sola esistenza delle condizioni di legge, avendo la domanda della parte la mera funzione di atto di avvio della procedura amministrativa che l'ente debitore è tenuto ad espletare (in generale, Cass. 2 settembre 2008, n. 22051).

Se così è, non è chiaro il riferimento alla domanda come momento cui fare riferimento per determinare la legge applicabile, essendo la domanda caratteristica piuttosto degli accertamenti costitutivi quale, in verità, parrebbe essere quello avente ad oggetto il permesso in questione, tenuto conto che, ove questo non sia stato concesso in sede amministrativa, la sentenza, all'esito dell'opposizione, semplicemente tiene luogo del permesso non accordato, all'esito della verifica all'attualità della sussistenza delle condizioni di legge - nei quali il fenomeno(della retrodatazione degli effetti della sentenza si spiega per la diversa esigenza di evitare il pregiudizio per l'attesa della definizione del giudizio.

Se di mero accertamento si tratta, si dovrebbe fare riferimento al momento in cui le condizioni si sono maturate e, tuttavia, è arduo individuare tale momento in epoca anteriore alla sentenza, non potendosi fare riferimento all'ingresso nel territorio nazionale quando avvenuto in condizioni di illegalità (che ne giustificerebbero l'espulsione, D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 13), almeno fino a quando non sia stata presentata la domanda di protezione, il cui effetto, peraltro, è quello di autorizzare lo straniero a rimanere nel territorio dello Stato "fino alla decisione della Commissione territoriale" (D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 7, comma 1).

Già questi rilievi, alla luce della legislazione vigente, rendono incerta l'affermazione di un diritto "preesistente alla verifica delle condizioni cui la legge lo sottopone, mediante il procedimento amministrativo ed eventualmente giurisdizionale" (sentenza n. 4890, p. 14.d).

Neppure si può trascurare che la domanda di protezione umanitaria di cui si tratta non è volta all'attribuzione di uno status (a differenza del rifugio e della protezione sussidiaria, D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 2, comma 1, lett. a), ma al conseguimento di un permesso di breve durata (due anni) con una "differenza decisiva rispetto agli status di protezione internazionale - già segnalata da Cass. n. 4455 del 2018 - al cui riconoscimento consegue, invece, la concessione di un permesso di soggiorno di durata quinquennale (D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 23), che costituisce titolo, al concorrere degli altri requisiti previsti, per il rilascio di un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, facoltà che viene espressamente esclusa per coloro che sono titolari di un permesso umanitario (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 9, comma 3, lett. b))".

Non può valorizzarsi in senso contrario la sentenza della Corte di giustizia 12 aprile 2018, C-550/16, la quale, affermando che nel processo deve essere trattato come "minore" il cittadino straniero che abbia un'età inferiore ai diciotto anni al momento del suo ingresso nel territorio di uno Stato membro e della presentazione della domanda di asilo e che raggiunga la maggiore età nel corso della procedura di asilo, mira a garantire l'immediata applicazione delle norme a tutela dei minori e comunque sempre che la persona "(ottenga) in seguito il riconoscimento dello status di rifugiato". Siamo quindi fuori dalla materia del ricorso in esame, che non pone un problema applicativo di norme a tutela dei minori, sorvolando sul fatto che la sentenza della Corte di giustizia non riguarda la protezione umanitaria ma i richiedenti lo status di rifugiato (si noti che il

Considerando 9 stabilisce che "la presente direttiva (2004/83/Ce) non si applica ai cittadini di paesi terzi o agli apolidi cui è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perchè bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale"; analoga disposizione è contenuta nel Considerando 15 della direttiva 2011/95/UE).

4.4.1) Fatte queste premesse, è necessario precisare che il tipico effetto retroattivo delle sentenze di accertamento non interferisce in alcun modo con la questione della legge applicabile che stabilisce le condizioni sostanziali richieste in concreto per il riconoscimento del beneficio.

Si dovrebbe altrimenti pensare che la proposizione della domanda - quando, come nella specie, manchino fatti "compiuti" o "diritti acquisiti" che possano giustificare la persistente applicabilità della legge abrogata - produca anche un inedito e improprio effetto prenotativo della legge sostanziale (in vigore al momento della domanda) applicabile al rapporto controverso, che non sembra possa giustificarsi in ragione del rango del diritto azionato.

Se ciò si ammettesse risulterebbe seriamente condizionato l'operato del legislatore in una materia in cui la Costituzione gli garantisce "un'ampia discrezionalità" che si concretizza nel bilanciamento tra i valori in campo: il controllo dei flussi migratori e i diritti delle persone di derivazione anche internazionale. La Corte costituzionale ha più volte precisato di non poter interferire nelle scelte di "politica nazionale in tema di immigrazione" che sono riservate al legislatore ordinario (Corte Cost. n. 277 del 2014, n. 202 del 2013, n. 172 del 2012, n. 250 del 2010, n. 148 del 2008), rappresentando il potere di disciplinare l'immigrazione "un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio" (Corte Cost. n. 250 del 2010, n. 353 del 1997).

Verrebbe sottratto al legislatore il potere di normare diversamente le situazioni in essere nei confronti dei richiedenti la protezione tanto più che, nella specie, la nuova legge è intervenuta con un'opera di semplice "tipizzazione dei permessi", come si legge anche nella sentenza n. 4890 (p. 8.4) -, per il solo fatto che essi abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'attribuzione del permesso umanitario, con l'effetto di cristallizzare il "paradigma legislativo

anteriore all'entrata in vigore del D.L. n. 113 del 2018" per lo scrutinio della pretesa al momento della domanda (sentenza 4890, p. 14.d).

L'affermazione secondo cui si tratterebbe di un diritto soggettivo "preesistente alla verifica delle condizioni (...)" o "immanente alla persona" sembra evocare una categoria giuridica (quella dei diritti "originari" o connaturati all'essere umano) che però contrasta con la tesi seguita nella stessa sentenza n. 4890 che radica la protezione per ragioni umanitarie nell'asilo costituzionale, poichè è lo stesso art. 10 Cost. che attribuisce al legislatore la prerogativa di conformarlo e di stabilire le forme di protezione dello straniero ("ha diritto (...) secondo le condizioni stabilite dalla legge").

4.5) Gli argomenti riferiti sub 3.5), circa lo statuto costituzionale e comunitario della protezione umanitaria, non forniscono sostegno alla tesi della inapplicabilità immediata della nuova legge.

In primo luogo, si deve constatare che, come rilevato anche da Cass. n. 4455 del 2018, non esistono precisi "obblighi comunitari" che impongano allo Stato italiano il riconoscimento di forme di protezione diverse e ulteriori rispetto allo status di rifugiato e alla protezione sussidiaria. Il diritto eurounitario, infatti, non disciplina la protezione umanitaria, ma si limita a prevedere che ai cittadini di paesi terzi e apolidi possa essere "concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perchè bisognosi di protezione internazionale (rifugio e protezione sussidiaria), ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale" dai singoli Stati (Considerando 9 della direttiva n. 2004/83/Ce); analogamente, a norma dell'art. 6, comma 4, della direttiva 2008/115/CE, gli Stati possono riconoscere ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio sia irregolare un'autorizzazione o un permesso di soggiorno per "motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura".

In secondo luogo, con riguardo allo statuto costituzionale della protezione umanitaria, se si intende sostenere che la legge che la disciplinava (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, e disposizioni connesse) costituisse una delle possibili forme attuative dell'asilo costituzionale, tra l'altro in un senso particolarmente ampio (tenuto conto che l'art. 10 Cost. riconosce l'asilo allo straniero cui "sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche", mentre la

protezione umanitaria è prevista nelle situazioni di generica vulnerabilità personale), si potrebbe convenire. Ed è in tal senso che, ad avviso del Collegio, si collocano (e vanno letti) i precedenti di questa Corte (Cass. 4 agosto 2016 n. 16362; 26 giugno 2012, n. 10686) che hanno affermato l'inerenza al diritto costituzionale di asilo delle diverse forme di protezione riconosciute allo straniero mediante lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e quella umanitaria.

Non si può invece convenire con la tesi, cui sembra aderire la sentenza 4890, secondo cui la protezione umanitaria sarebbe ormai "costituzionalizzata" con il contenuto proprio della legge precedente, con la conseguenza che non sarebbe più consentito al legislatore ordinario di abrogarla e neppure, come avvenuto, di tipizzarla mediante la previsione di permessi specifici per le diverse situazioni.

Si dovrebbe quantomeno dimostrare che la sommatoria delle forme di protezione attualmente vigenti (status di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione nei casi speciali previsti dalla nuova legge e altre forme di protezione derivanti da permessi di altro genere previsti dalla legge) sia insufficiente a garantire il nucleo minimo dell'asilo costituzionale garantito dalla Costituzione. Altrimenti si dovrebbe prendere atto che l'art. 10 Cost. prevede l'asilo "secondo le condizioni stabilite dalla legge" che possono evidentemente mutare nel tempo, essendo al legislatore garantita dalla Costituzione "un'ampia discrezionalità" in materia (si rinvia al precedente par. 4.4).

Pertanto, la tesi (seguita anche dal Procuratore Generale) che legge la protezione umanitaria come oggetto di un diritto immanente e inviolabile della persona dovrebbe pur sempre coordinarsi con l'insopprimibile constatazione che anche questo diritto, sebbene fondamentale, è suscettibile di regolazione da parte del legislatore, cui spetta il bilanciamento tra i valori in gioco - il controllo del fenomeno migratorio e i diritti delle persone di derivazione anche internazionale - posto che altrimenti si consentirebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti in campo, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette (Corte Cost. n. 58 del 2018, n. 20 del 2017, n. 63 del 2016, n. 10 del 2015, n. 85 del 2013).

5) Ad avviso del Collegio, quelle sinora trattate sono questioni di massima di particolare importanza, in ordine alle quali il Collegio dissente dal precedente n. 4890 del 2019. E' quindi

necessario investire il Primo Presidente perchè valuti l'opportunità di rimetterne l'esame alle Sezioni Unite.

6) Con l'occasione il Collegio ritiene di rimettere all'esame del Primo Presidente anche l'ulteriore questione che si va sinteticamente ad illustrare, nel caso in cui si reputassero ancora in vigore i previgenti parametri normativi della protezione per motivi umanitari, essendo in dissenso anche rispetto alle conclusioni della sentenza n. 4455 del 2018.

Con questa sentenza la Corte ha interpretato il D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, nel senso che il diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari può essere riconosciuto al cittadino straniero "che abbia realizzato un grado adeguato di integrazione sociale in Italia (la quale) deve fondarsi su una effettiva valutazione comparativa della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al Paese d'origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale, in correlazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel Paese d'accoglienza".

Questo principio è stato enunciato all'esito di una lettura coordinata di diverse disposizioni (in parte abrogate dal D.L. n. 113 del 2018) che riconoscono il rilascio di un permesso di soggiorno in presenza di "seri motivi, in particolare di carattere umanitario " (nel testo originario del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6): si parla di "motivi umanitari" (D.P.R. n. 394 del 1999, art. 28, lett. d, abrogato), di "gravi motivi di carattere umanitario" (D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 32, comma 3, abrogato) o "relativi ad oggettive e gravi situazioni personali che non consentono l'allontanamento dello straniero dal territorio nazionale" (D.P.R. n. 394 del 1999, art. 11, comma 1, lett. c ter, abrogato), di "gravi motivi umanitari che impediscono il ritorno nel Paese di origine" (D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 3, comma 4, e, quando cessi lo status di rifugiato e di protezione sussidiaria, art. 9, comma 2, e art. 15, comma 2, D.Lgs. cit.).

Il suddetto principio, ad avviso del Collegio, si espone a dubbi e incertezze interpretative che non favoriscono un'applicazione coerente e uniforme dell'istituto nella pratica giurisprudenziale, con l'effetto di alimentare di fatto il contenzioso, in particolare con riguardo ai profili

dell'integrazione o inserimento sociale nel territorio nazionale e della caratterizzazione del rischio in caso di rimpatrio nel Paese di origine.

La sentenza n. 4455, dopo avere premesso che i motivi umanitari non sono "tipizzati o predeterminati, neppure in via esemplificativa, dal legislatore, cosicchè costituiscono un catalogo aperto (...) pur essendo tutti accomunati dal fine di tutelare situazioni di vulnerabilità attuali o accertate", prosegue rilevando che il parametro dell'inserimento sociale e lavorativo dello straniero in Italia, pur non costituendo un "fattore esclusivo" e sufficiente per il rilascio del titolo di soggiorno, "può concorrere a determinare una situazione di vulnerabilità personale" per i rischi di sradicamento conseguenti all'eventuale rimpatrio, all'esito di una "valutazione comparativa" con le condizioni di vita nel Paese di origine. A quest'ultimo riguardo si postula l'esigenza un confronto mirante a verificare l'esistenza di una "un'effettiva ed incolmabile sproporzione tra i due contesti di vita nel godimento dei diritti fondamentali".

Ad avviso del Collegio, non solo, la suddetta valutazione comparativa presenta un contenuto vago e indefinito, ma lo stesso parametro dell'integrazione sociale è il prodotto di un'operazione ermeneutica che poggia su basi normative assai fragili, non ravvisandosi alcuna disposizione che la preveda come condizione per il rilascio del permesso umanitario (solo per i minori v. art. 28, lett. a sexies, D.P.R. n. 394 del 1999).

Non è chiaro poi cosa debba intendersi per "integrazione sociale", che rilievo abbia la circostanza che tale integrazione sia in ipotesi maturata in condizione di irregolarità (quanto meno fino al momento dell'avvio del procedimento amministrativo) e quale durata essa debba avere per essere rilevante, dovendosi tenere conto che il sistema già prevedeva forme di protezione per ragioni di salute, familiari ecc. (per qualche cenno v. par. 2), ora tipizzate e integrate dal legislatore del 2018.

Ulteriori incertezze interpretative riguardano la nozione di violazione dei diritti umani nel Paese di origine e, in particolare, il contenuto e l'orizzonte temporale della evocata situazione di "privazione della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani": se detta valutazione debba riguardare situazioni contingenti del Paese di origine (calamità naturali, carestie, siccità, epidemie, ecc.) o

anche situazioni fisiologiche di difficoltà in cui versa il Paese, fermo restando che "i rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sè una minaccia individuale da definirsi come danno grave" (Considerando 26 della Direttiva 2004/83/CE; analoga disposizione è nel Considerando 15 della Direttiva 2011/95/UE).

Neppure è chiaro se nella nozione di violazione dei diritti umani nel Paese di origine, elaborata dalla sentenza n. 4455, siano comprese le situazioni di pericolo e insicurezza astrattamente riconducibili alle tipologie di rischi indicate nelle norme in tema di rifugio (D.Lgs. n. 251 del 2007, artt. 7 e 8 ss.) e protezione sussidiaria (D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 14), eventualmente in forma attenuata. Il Collegio non condivide questa impostazione che conduce ad una impropria sovrapposizione della tutela "umanitaria" prevista dal diritto nazionale alle tutele (non a caso definite "maggiori") previste dal diritto eurounitario per i rifugiati e beneficiari della protezione sussidiaria, con notevoli incertezze applicative, in mancanza di qualsiasi abbozzo normativo che possa indicare all'interprete quali siano i casi di pericolo persecutorio (meno gravi rispetto a quelli tipizzati nel D.Lgs. n. 251 del 2007) e di danno (meno grave rispetto alla protezione sussidiaria) che potrebbero giustificare il riconoscimento della protezione umanitaria.

Si è detto che le direttive comunitarie del 2004 e 2011 escludono l'applicabilità delle norme in tema di rifugio e protezione sussidiaria alle forme diverse di protezione riconosciute discrezionalmente dagli Stati nazionali (v. par. 4.4). La direttiva n. 95/2011/UE ha riconosciuto agli Stati membri la "facoltà di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purchè siano compatibili con le disposizioni della presente direttiva" (art. 3). Di tale facoltà, che avrebbe consentito di allargare le maglie delle protezioni "maggiori", lo Stato italiano non si è avvalso, avendo preferito introdurre una misura protettiva come quella di cui si discorre che, ad avviso del Collegio, è ben diversa e in alcun modo sovrapponibile alle altre.

P.Q.M.

rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, il 2 maggio 2019.

Depositato in Cancelleria il 3 maggio 2019

EMANUELE QUADRACCIA

Quando l'interesse ostensivo fronteggia quello alla riservatezza. Accesso agli atti e necessità dell'autorizzazione del giudice: il nodo (ancora) irrisolto dei procedimenti di famiglia.

Diritto di difendersi mediante l'accesso alla documentazione reddituale del *partner* vs tutela dell'interesse alla riservatezza: quale dei due è destinato a soccombere?

Nell'ipotesi – sempre più frequente nella pratica – di richieste ostensive avanzate all'Agenzia delle Entrate in pendenza di giudizio civile tra coniugi o conviventi, la giurisprudenza non fornisce, ad oggi, risposte univoche¹.

Procedendo per ordine, al fine di individuare la percorribilità o meno, nei procedimenti in materia di famiglia (separazione, divorzio, mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, scioglimento dell'unione civile, ecc.), della via amministrativa finalizzata all'ottenimento di quelle informazioni (*lato sensu*) economiche la cui esistenza viene spesso celata da una parte all'altra (o da entrambe le parti al giudice), occorre anzitutto soffermarsi sul vigente quadro normativo.

Soccorrono, in tale senso:

a) l'art. 337-ter, ult. co., c.c., che, con statuizione avente portata generale *ex art. 4, co. 2, l. n. 54/2006*, prevede, nell'interesse dei figli, che *“ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi”*;

b) l'art. 5, co. 9, l. n. 898/1970, che prevede il potere del Tribunale, in caso di contestazione sulle emergenze reddituali e patrimoniali, di disporre *“indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria”*;

c) l'art. 736-bis, co. 2, c.p.c., che, allorquando è richiesto un ordine di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342-bis e 342-ter c.c.), demanda al giudice ampi poteri istruttori, ivi inclusa

¹ Per una sintetica (ma puntuale) disamina delle più recenti affermazioni del giudice amministrativo in argomento, cfr. G. VACCARO, *Assegno all'ex: giudici divisi tra privacy e indagini sui beni del coniuge «forte»*, in *Quotidiano del Diritto*, 19/11/2018.

l'acquisizione, per mezzo della polizia tributaria, di informazioni "sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti";

d) l'art. 492-bis ("Ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare") c.p.c., introdotto dal d.l. n. 132/2014 nell'ambito del processo esecutivo, ma esteso, ex art. 155-sexies disp. att. c.p.c., ai procedimenti in materia di famiglia, che prevede che il "giudice che procede" possa autorizzare l'istante (tramite Ufficiale Giudiziario) a ricercare i beni, compresi gli investimenti finanziari, intestati alla controparte²;

e) l'art. 7, co. 9, d.P.R. n. 605 del 1973, che stabilisce che le informazioni comunicate all'agenzia tributaria sono altresì utilizzabili dall'autorità giudiziaria nei procedimenti in materia di famiglia.

Declinando i criteri ermeneutici tracciati, sulla scorta degli enunciati normativi testé richiamati, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei TT.AA.RR., è possibile ravvisare l'esistenza di due contrastanti orientamenti, l'uno favorevole alla tesi ostensiva³, l'altro contrario⁴.

Ciò premesso, al fine di pervenire ad una ricostruzione sistematica del tema oggetto di dibattito, occorre anzitutto verificare se le "comunicazioni" relative ai rapporti finanziari, trasmesse all'Agenzia delle Entrate ex art. 7 d.P.R. n. 605/1973, rientrino nella categoria "documenti" ai sensi della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

L'opinione, pressoché univoca, degli interpreti è nel senso di ritenere i dati tributari in questione ascrivibili all'ampia nozione di documento amministrativo di cui all'art. 22, l. n. 241/1990, trattandosi di atti utilizzabili dall'amministrazione finanziaria per l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ancorché da questa non formati⁵.

² Sul punto, cfr. R. GIORDANO, *Anagrafe tributaria (accesso alla)*, in *ilFamiliarista.it*, 06/2016. Per una prima applicazione in punto di delegabilità alla polizia tributaria delle indagini telematiche in materia di famiglia, v. Trib. Milano, 3 aprile 2015, ord..

³ Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2472; T.A.R. Campania, sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 5763; T.A.R. Lazio, sez. II, 8 febbraio 2017, n. 2161; T.A.R. Puglia, sez. III, 3 febbraio 2017, n. 94.

⁴ Cons. Stato, IV sez., 13 luglio 2017, n. 3461; T.A.R. Lombardia, sez. I, 27 agosto 2018, n. 2024; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 2 febbraio 2017, n. 65.

⁵ Cons. Stato, n. 2472/2014, cit.: «Le "comunicazioni" relative ai rapporti finanziari costituiscono documento ai sensi della normativa in materia di accesso rientrando nella nozione di documento amministrativo di cui all'art. 22, l. 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi di atti utilizzabili dall'amministrazione finanziaria per l'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, ancorché non formati da essa; infatti, è proprio l'art. 7, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 605 a disciplinare compiutamente la forma, i contenuti e le modalità di trasmissione di dette "comunicazioni", nonché la loro destinazione e i loro possibili impieghi da parte dell'amministrazione, oltre alla loro conservazione e tenuta, di modo che non è possibile sostenere né che si tratta di atti interni privi di ogni rilevanza giuridica, né che si tratta di mere informazioni, rispetto alle quali sarebbe richiesta all'amministrazione una non esigibile attività di elaborazione e/o estrapolazione»).

Fornita risposta a tale questione preliminare – e presupposta la pendenza del giudizio in sede civile (le decisioni del giudice amministrativo sull'argomento si riferiscono, difatti, ad istanze ostensive avanzate in epoca successiva al deposito del ricorso nella lite separativa) – il punto controverso attiene, come si è poc'anzi anticipato, alla precipua questione del bilanciamento tra il diritto allo svelamento e l'interesse alla riservatezza.

In realtà, è stato osservato, nella prassi la richiesta di accesso diretto alla documentazione fiscale del coniuge (o dell'ex coniuge o convivente) non è usuale⁶.

Ed invero, le parti, nella gran parte dei casi, sollecitano il potere officioso del giudice di disporre, sulla scorta delle disposizioni di legge innanzi richiamate, indagini di polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto di contestazione tra i coniugi particolarmente invasive (perché estendibili anche a terzi), a tutela, perlopiù, della prole o, comunque, della parte più debole del rapporto matrimoniale (cfr., *infra*)⁷.

Ed è proprio da siffatto strumentario in uso al giudice della famiglia che prende le mosse la tesi contraria all'ostensibilità diretta dei documenti reddituali di cui si discorre. Spetterebbe così al giudice della lite privata il potere di governare il contraddittorio ed assicurare il rispetto del principio della parità delle armi anche nella fase di istruzione e di acquisizione documentale (artt. 24 e 111 Cost.; art. 6 C.E.D.U.; art. 47 Carta di Nizza; art. 101 c.p.c.). L'ingresso in giudizio di prove costituite, infatti, non può che avvenire, secondo tale impostazione, se non nella sede tipica processuale, mediante gli strumenti previsti dal codice di rito (artt. 210 e 213 c.p.c.). E ciò anche perché il giudice civile *“deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo”*, se del caso ordinandone la citazione in giudizio (art. 211 c.p.c.). Sicché, *«la possibilità di acquisire extra iudicium i documenti amministrativi dei quali una delle parti intende avvalersi in giudizio si traduce in una forma di singolare "aggiramento" delle norme che governano l'acquisizione delle prove e costituisce un vulnus per il diritto di difesa dell'altra parte, la quale, lungi dal potersi difendere nella sede tipica prevista*

⁶ Secondo l'Agenzia delle Entrate (Direzione regionale Lazio), l'esercizio del diritto di accesso all'archivio dei rapporti finanziari è subordinato all'autorizzazione del giudice del procedimento, che è chiamato ponderare gli interessi in gioco. I risultati emersi dall'indagine su dati reddituali, atti del registro e anagrafe dei rapporti finanziari, così come l'elenco degli istituti di credito con i quali il debitore intrattiene rapporti vengono inviati al richiedente a mezzo di posta elettronica certificata (v., <https://lazio.agenziaentrate.it/?id=2981>).

⁷ Trib. Salerno, 15 febbraio 2011, ord., qualifica la guardia di finanza alla stregua di un ausiliario del giudice, cui sono delegabili attività di acquisizione e comunicazione di informazioni, riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 213 c.p.c., attività di valutazione degli elementi, ai sensi degli artt. 191 e 198 c.p.c., ed esecuzione di indagini, comprensive dell'assunzione di informazioni da terzi, dell'estrazione di eventuali documentazioni (art. 261 c.p.c.) e dell'effettuazione di ispezioni (art. 258 c.p.c.).

dall'ordinamento processuale, si troverebbe a dover esporre le proprie ragioni non già dinanzi ad un giudice, bensì innanzi alla pubblica amministrazione, in qualità di controinteressato»⁸. Di talché, «nel giudizio tra parti poste in condizione di parità, le esigenze di tutela giurisdizionale devono essere soddisfatte secondo le norme del giusto processo, tenendo in debita considerazione la posizione della controparte; esse non possono in alcun modo costituire il "grimaldello" per la elusione di principi fondamentali dell'ordinamento, nazionale e sovranazionale, quale quello del contraddittorio, consentendo di acquisire in sede amministrativa, ab externo ed in dispregio delle regole processuali, documenti idonei ad influire sul (o a refluire nel) giudizio»⁹. Verrebbe conseguentemente meno, secondo l'orientamento in disamina, il carattere di necessità/stretta indispensabilità dell'accesso descritto dall'art. 24, co. 7, l. n. 241/1990, ossia l'impossibilità di soddisfare aliunde l'interesse alla conoscenza di determinati documenti¹⁰.

Di tutt'altra opinione è, invece, quella giurisprudenza che ravvisa la prevalenza (o, quantomeno, il conveniente contemperamento) della tutela degli interessi economici e della serenità dell'assetto familiare, soprattutto in presenza di figli minori, rispetto al diritto alla riservatezza previsto dalla vigente normativa in materia di accesso ai documenti "sensibili" del partner. Secondo i giudici di Palazzo Spada, va pertanto «considerato dirimente, al riguardo, il fatto che nella specie la richiesta di accesso sia provenuta dal marito della controinteressata, e non da un quisque de populo, e che l'interesse dello stesso, attuale e concreto, alla cura dei propri interessi in giudizio si presentasse sicuramente qualificato: donde la condivisibilità, in via di principio, delle conclusioni del primo giudice laddove ha ritenuto meritevole di accoglimento l'istanza di accesso anche con riferimento alle comunicazioni suindicate»¹¹. L'istanza di accesso deve, dunque, ritenersi meritevole di accoglimento, rinvenendosi in capo al richiedente la sussistenza di un interesse qualificato, con l'unica limitazione derivante dall'art. 5, lett. a), d.m. 29 ottobre 1996, n. 603, relativa alla "documentazione finanziaria, economica, patrimoniale e tecnica di persone fisiche e giuridiche, gruppi, imprese e associazioni comunque acquisita ai fini dell'attività amministrativa", di cui va, in ogni caso, garantita la visione qualora la sua conoscenza "sia necessaria per la cura o la difesa

⁸ In questi termini, Cons. Stato, n. 3461/2017, cit..

⁹ T.A.R. Lombardia, n. 2024/2018, cit..

¹⁰ Cfr., in argomento, A. SIMEONE, *L'Agenzia delle Entrate deve comunicare al separando i dati bancari e finanziari dell'altro*, in *ilFamiliarista.it*, 10/2017; più di recente, G. MILIZIA, *Il coniuge separando ha diritto di accedere ai dati fiscali e patrimoniali dell'altro?*, in *Diritto&Giustizia*, 182, 2018, p. 10.

¹¹ Così, Cons. Stato, n. 2472/2014, cit..

degli interessi giuridicamente rilevanti propri di coloro che ne fanno motivata richiesta” (ragion per cui non potranno essere estratti dati in copia cartacea)¹².

Nel ritenere innecessaria l'autorizzazione giudiziale, la tesi “ostensiva” in rassegna ravvisa nel combinato disposto dell'art. 155-*sexies* disp att. c.p.c. e dell'art. 492-*bis* c.p.c. un semplice ampliamento dei poteri istruttori ad esercizio non vincolato del giudice della cognizione, già contemplati dal codice di procedura civile: in sostanza, la novella del 2014 non avrebbe comportato alcuna ipotesi derogatoria alla disciplina in materia di accesso alla documentazione contenuta nelle banche dati della pubblica amministrazione, avendo il legislatore semplicemente voluto estendere, con l'introduzione di norme *ad hoc*, lo strumentario ad impulso officioso del giudice nell'ambito del contenzioso familiare¹³. L'attribuzione al giudice della vicenda (*lato sensu*) matrimoniale della facoltà di operare una sua autonoma “ricerca telematica” dei beni delle parti sarebbe dunque complementare all'esercizio del diritto di accesso da parte del singolo coniuge. In altri termini, gli ampliati poteri giudiziali di accesso ai dati detenuti dagli uffici tributari non rappresentano, a ben vedere, un'esclusione dal diritto d'accesso dei documenti contenuti nell'archivio dei rapporti finanziari, dovendo pertanto conservarsi la possibilità per il privato di ricorrere agli ordinari strumenti offerti dalla l. n. 241/1990 per ottenere gli stessi dati che il giudice potrebbe, nell'esercizio di un potere che rimane discrezionale, intimare all'amministrazione finanziaria di consegnare.

Conclusivamente, secondo la tesi in indirizzo non appare perciò condivisibile la pur autorevole affermazione che qualifica gli atti richiesti come «*documenti sensibili del coniuge*»¹⁴. Si tratta, pur sempre, di dati patrimoniali e reddituali, e non di dati sensibili, nella definizione recata nel Codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003), come aggiornata con Regolamento UE 2016/679 (art. 9)¹⁵.

¹² Di contro, secondo una interpretazione evolutiva, «*l'accesso si giustifica, ai sensi del comma 7 dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990 (disposizione che, peraltro, non confina l'accesso alla sola visione degli atti, di talché deve ritenersi superata la limitazione contenuta in tal senso nel DM n. 603 del 1996), dalla necessità di “curare e difendere i propri interessi giuridici”*». Cosicché, si è specificato, il rilascio di copia deve avvenire «*ove possibile con modalità telematiche, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura*» (T.A.R. Campania, n. 5763/2018, cit.).

¹³ Per questa impostazione, cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, n. 753/2016; T.A.R. Lazio, n. 2161/2017, cit..

¹⁴ Consiglio di Stato, n. 3461/2017, cit..

¹⁵ V. art. 22, co. 2, d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, secondo cui «*a decorrere dal 25 maggio 2018 le espressioni «dati sensibili» e «dati giudiziari» utilizzate ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettere d) ed e), del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo n. 196 del 2003, ovunque ricorrano, si intendono riferite, rispettivamente, alle categorie particolari di dati di cui all'articolo 9 del Regolamento (UE) 2016/679 e ai dati di cui all'articolo 10 del medesimo regolamento*».

Il coniuge che ha avviato presso il Tribunale una causa di separazione avrebbe quindi diritto ad ottenere l'accesso ai documenti relativi all'altro coniuge detenuti dall'Agenzia delle Entrate e ricavabili dall'archivio dei rapporti finanziari; fermo restando, per l'Ufficio, il dovere di oscurare i dati personali di altri soggetti che dovessero comparire nella documentazione richiesta¹⁶.

Quid iuris in assenza di figli da tutelare?

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che, quando sono funzionali alla disciplina dei rapporti economici solo tra le parti, il coniuge (o convivente) che sollecita le indagini ha l'onere di proporre, in sede giurisdizionale, un'istanza circostanziata e fondata su fatti specifici, non essendo sufficiente la generica contestazione di quanto dedotto dall'altra parte¹⁷. Infatti, quello di disporre le indagini a mezzo della polizia tributaria è pur sempre un potere che rientra nella discrezionalità del giudice; di qui la possibilità di rigetto della relativa istanza di parte, purché *«correlabile anche per implicito ad una valutazione di superfluità dell'iniziativa e di sufficienza dei dati istruttori acquisiti»*¹⁸.

Più di recente, la Suprema Corte ha riaffermato con chiarezza come il potere in oggetto costituisca una deroga alle regole generali sull'onere della prova, il cui esercizio non può dunque sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, *«ma vale ad assumere, attraverso uno strumento a questa non consentito, informazioni integrative del "bagaglio istruttorio" già fornito, incompleto o non completabile attraverso gli ordinari mezzi di prova; tale potere non può essere attivato a fini meramente esplorativi, sicché la relativa istanza e la contestazione di parte dei fatti incidenti sulla posizione reddituale del coniuge tenuto al predetto mantenimento devono basarsi su fatti specifici e circostanziati»*¹⁹.

Esclusa quindi la possibilità di attivazione, a fini esplorativi, del mezzo d'investigazione ad impulso giudiziale in rassegna, non resta allora che interrogarsi – ed è questione la cui conclusiva risposta, per quanto sin qui argomentato, sembra ancora di là da venire – se la parte

¹⁶ T.A.R. Campania, n. 5763/2018, cit..

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2011, n. 2098.

¹⁸ Così Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2013, n. 14336; v., sul punto, anche la (di poco) successiva Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2013, n. 21603.

¹⁹ Cass. civ., sez. VI, 15 novembre 2016, n. 23263. Da ultimo, per un'analogia visuale prospettica, cfr. Cass. civ., sez. I, 4 aprile 2019, n. 9535: *«In tema di divorzio, l'art. 5, comma 9, l. n. 898/1970 non impone al Tribunale in via diretta ed automatica di disporre indagini avvalendosi della polizia tributaria ogni volta in cui sia contestato un reddito indicato e documentato, ma rimette allo stesso giudice la valutazione di detta esigenza, in forza del principio generale dettato dall'art. 187 c.p.c., che affida allo stesso giudice la facoltà di ammettere i mezzi di prova proposti dalle parti e di ordinare gli altri che può disporre d'ufficio, previa valutazione della loro rilevanza e concludenza»*, con nota di primo commento di K. MASCIA, *Assegno divorzile e contestazione dei dati reddituali della parte*, in *Diritto&Giustizia*, 05/04/2019.

economicamente “debole” possa (o, piuttosto, debba) corredare la propria domanda (ad es., per il riconoscimento dell’assegno divorzile), mediante un’istanza di accesso ai redditi della controparte da indirizzare all’Agenzia delle Entrate, scongiurando, per tale via, il pericolo di incorrere in preclusioni processuali fondate sulla mancata allegazione di fatti specifici e circostanziati.

Le ripercussioni applicative dell’una o dell’altra tesi sono, tenuto anche conto del dilagante contenzioso in materia, considerevoli ed il tema è, all’evidenza, dibattuto. Condivisibili si appalesano in questo senso, nondimeno in un’ottica deflattiva, le coordinate esegetiche che vedono il diritto alla riservatezza recedere quando l’accesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico qualificato – nella specie, l’acquisizione al giudizio di un più completo quadro conoscitivo²⁰ – e sempre nei limiti in cui la *discovery* sia necessaria alla tutela di quell’interesse,

In ogni caso, i tempi appaiono maturi: dottrina e giurisprudenza sono chiamate, ancora una volta, ad uno sforzo interpretativo che sia in grado di fornire all’utente della giustizia un convincente responso.

²⁰ Orbene, per tale via si darebbe attuazione, nelle controversie familiari, a quella «*corretta valutazione di tutti gli elementi in gioco*», massima espressione del principio del contraddittorio, che si compendia nell’espressione, mutuata, appunto, dalle discipline tributarie, “ben conoscere per ben provvedere” (cfr., per la terminologia utilizzata, A. MARCHESELLI-R. DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali. Giusto tributo, giusto procedimento, giusto processo*, Torino, 2016, 85).

MARISTELLA CERATO

Il matrimonio forzato (*forced marriage*) dei minori e il c.d. codice rosso.

SOMMARIO: 1. Il matrimonio forzato (*forced marriage*) dei minori: definizione e necessarie distinzioni - 2. Alcuni dati statistici - 3. Le norme vigenti - 3.1. Il c.d. codice rosso – Disegno di legge n. 1455-A - XIII° legislatura - 4. Uno sguardo sull'Europa - 5. Conclusioni: dalla protezione alla prevenzione.

1. Il matrimonio forzato (*forced marriage*) dei minori: definizione e necessarie distinzioni.

La vicenda di Nojoud Ali (1), costretta a sposarsi a nove anni con un partner trentenne, raccontata nel libro autobiografico *Moi Nojoud, 10 ans, divorcée (Io, Nojoud, dieci anni, divorziata*, tradotto in 15 lingue) ha richiamato l'attenzione dei media sul fenomeno dei matrimoni forzati (*forced marriage*). La sua storia ha però indotto a ritenere che il fenomeno delle c.d. spose bambine (e, in misura inferiore, sposi bambini) sia circoscritto ad alcune aree geografiche e culturali.

In realtà, il fenomeno dei matrimoni forzati esiste anche in Italia, come drammaticamente evidenziato dal caso della ventenne Hina Saleem, uccisa dal padre a Brescia nel 2006, dopo aver rifiutato lo sposo imposto dalla famiglia. Il fenomeno presenta caratteristiche trasversali, correlate alle condizioni socio-economiche in cui versano le famiglie, piuttosto che alle specificità culturali dei singoli contesti.

Molteplici possono essere le *motivazioni* dei genitori dei minori per costringerli ad un precocissimo matrimonio forzato. I familiari dei minori possono esservi indotti da schemi culturali di protezione, con la finalità di assicurare loro mantenimento e integrazione sociale. Oppure, e in questi casi vi è un'ulteriore violenza, possono costringervi i minori per assicurarsi un profitto economico o per conseguire per via indiretta altri benefici (quali l'integrazione in un paese straniero o simili).

Come osservato dalla giurista Anu Sivaganesan, responsabile in Svizzera del Servizio nazionale contro i matrimoni forzati (2), l'appartenenza religiosa può svolgere un ruolo, ma non è la causa principale dei matrimoni forzati. Le ragioni sono diverse. Il matrimonio può essere

visto come uno strumento per mantenere un legame forte con la cultura del proprio paese di origine o un modo per "proteggere" i giovani da stili di vita più aperti, soprattutto per quanto riguarda il rapporto alla sessualità. E può essere anche considerato un atto di solidarietà nei confronti della comunità di origine.

La pluralità di motivazioni sottese alla costrizione dei minori al matrimonio non elude, tuttavia, la natura profondamente lesiva di tale imposizione e non consente di ignorare le gravissime conseguenze per i minori di un matrimonio forzato. Oltre a subire infatti una relazione non voluta e non adeguata alla loro età, interrompono il percorso formativo e dell'istruzione scolastica, così restando privi di capacità utili per un inserimento lavorativo e il conseguimento di una autonomia economica. Inoltre, le minori sono esposte a reiterate gravidanze precoci (spesso prive di adeguata assistenza sanitaria), Un minore costretto ad un matrimonio forzato affronta conseguenze che lo segneranno per tutta la vita.

La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul, 7.4.2011 ratif. con l. 27.6.2013, n. 77) indica nell'art. 37 i matrimoni forzati tra le forme di violenza da combattere.

Spesso il fenomeno dei matrimoni forzati viene accomunato a quello dei matrimoni combinati e dei matrimoni precoci. La distinzione, anche se non agevole è necessaria proprio per garantire tutela alle situazioni effettivamente connotate da violenza e prevaricazione della libertà matrimoniale. E' opportuno, infatti, distinguere:

a-matrimonio combinato: i genitori degli sposi o comunque persone estranee e di fiducia della famiglia svolgono un ruolo guida nel rispetto della volontà (decisiva) dei nubendi;

b-matrimonio precoce: è contratto, nel rispetto della normativa vigente, prima del compimento del 18° anno di età;

c-matrimonio forzato (forced marriage): viene concluso *senza il libero consenso* degli interessati. La coartazione del consenso costituisce il criterio differenziatore dalle altre forme e integra una violazione dei diritti umani. La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sancisce infatti che: «*il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi*» (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, Art. 16 §2). Di solito, le vittime sono bambine/preadolescenti (le c.d. *spose bambine*), costrette al matrimonio con partners che hanno molti più anni di loro.

Rientrano nella categoria dei matrimoni forzati anche le situazioni in cui uno dei coniugi è *costretto a permanere* nel vincolo matrimoniale (3).

2. Alcuni dati statistici.

In Italia non esistono studi e statistiche ufficiali sul fenomeno dei matrimoni precoci.

Si ricorda la ricerca dell'Associazione 21 luglio, anche se limitata ad uno studio svolto nelle baraccopoli di una grande metropoli (4). La ricerca ha riguardato un campione di 3 mila persone che abitano in sette baraccopoli e ha preso in considerazione i matrimoni avvenuti tra il 2014 e il 2016 all'interno di questi contesti. Dai dati raccolti è emerso che nel periodo considerato, su un totale di 71 matrimoni riscontrati, nel 77% gli sposi erano minorenni di età compresa tra i 16 e i 17 anni. E nel 28% dei casi i contraenti avevano tra i 12 e i 15 anni; una ragazza su due si era sposata tra i 16 e i 17 anni e una su cinque ha tra i 13 e i 15 anni.

Secondo altra ricerca, in Italia ogni anno sono circa duemila le minori che *già a partire dai cinque anni*, si ritrovano "oggetto" di veri e propri contratti: vengono cedute come spose dalle loro famiglie in corrispettivo del mantenimento a vita delle proprie figlie, come una sorte di dote al contrario, versata dai futuri mariti ai genitori delle ragazzine.

Questo dato, elaborato dal Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza (5) , tiene conto anche delle situazioni sommerse ed evidenzia che in Italia non ci sono progetti specifici per contrastare i matrimoni forzati, né tanto meno studi statistici. L'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano ha provato a contare i casi accertati, quelli nei quali c'è stata una denuncia e la relativa messa in sicurezza della vittima: sono non meno di 150 ogni anno.

Gli esperti di Telefono Azzurro (6) hanno definito i matrimoni forzati una piaga in aumento nel nostro Paese, dove rischia di restare un fenomeno sommerso.

Secondo dati Unicef sono circa 12 milioni le spose bambine ogni anno. In generale, 25 milioni di matrimoni in meno rispetto a quelli previsti 10 anni fa a livello mondiale. Tuttavia la previsione fino al 2030 è preoccupante: si stima che oltre 150 milioni di ragazze si sposteranno ancora minorenni.

2. Le norme vigenti in Italia

Il *matrimonio precoce del minore* è regolamentato dall'art. 84 c.c., che disciplina la richiesta dell'autorizzazione per contrarre matrimonio formulata da minorenni (che abbia compiuto i sedici anni) al Tribunale per i Minorenni. Fermo restando il disfavore con il quale il legislatore vede i matrimoni precoci ("I minori di età non possono contrarre matrimonio" - art. 84, co.1, c.c.), il Tribunale per i Minorenni, accertata la maturità psico-fisica dell'istante, la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio. Il decreto è reclamabile entro il termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione alla Corte d'Appello che decide con ordinanza non impugnabile. La verifica dell'assenza di costrizioni per i minori nella scelta matrimoniale è rimessa al vaglio del giudice minorile.

In tema di *unioni civili*, si è osservato in dottrina che "la l. n. 76/2016, a differenza dell'art. 84 c.c., non annovera espressamente la minore età tra gli impedimenti alla costituzione dell'unione civile. Ciò nondimeno, non vi è dubbio che l'unione civile contratta dal minore sia annullabile attraverso l'azione disciplinata dall'art. 117, comma 2, c.c. (norma non espressamente richiamata dalla legge, ma che in dottrina si ritiene preferibile applicare rispetto all'art. 1, comma 6, l. n. 76/2016). Semmai, la mancanza di una previsione ad hoc sull'età si segnala per la scelta del legislatore di non riservare al minore che abbia almeno sedici anni la possibilità – invece prevista dal secondo comma dell'art. 84 c.c. nell'ambito del matrimonio – di essere ugualmente ammesso al compimento dell'atto, previa autorizzazione del Tribunale per i minorenni, là dove vengano accertate la maturità psicofisica dell'interessato, la fondatezza delle ragioni addotte e ricorrano altresì gravi motivi"(Azzari F.).

Per quanto concerne i matrimoni forzati, attualmente nella legislazione italiana non vi sono previsioni specifiche di contrasto al fenomeno. I riferimenti normativi sono allo stato:

-Convenzione del Consiglio d'Europa di Istanbul (del 7.4.2011 ratificata con l. 27.6.2013, n. 77) che disciplina nell'art. 32 le conseguenze civili dei matrimoni forzati (Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per garantire che i matrimoni contratti con la forza possano essere invalidabili, annullati o sciolti senza rappresentare un onere finanziario o amministrativo eccessivo per la vittima) e l'art. 37 che contiene una definizione del matrimonio forzato e le azioni di contrasto (1 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare l'atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio. 2 Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare il fatto di attirare intenzionalmente con

l'inganno un adulto o un bambino sul territorio di una Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio).

-Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione

- leggi regionali in Lombardia (L.R. 3.7.2012, n. 11), Molise (L.R. 10.10.2013, n. 15), Emilia-Romagna (L.R. 27.6.2014, n. 6) e Piemonte (L.R. 24.2.2016, n. 4).

3.1. Il c.d. codice rosso – Disegno di legge n. 1455-A - XIII° legislatura

La Camera dei deputati ha approvato in prima lettura il 3 aprile 2019 il disegno di legge n. 1455-A, ora all'esame del Senato con il n. S. 1200, ("Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere"). È indicato dai media con l'espressione 'codice rosso', perché prevede un percorso preferenziale e d'urgenza per la trattazione dei procedimenti in materia, funzionale alla tutela delle vittime.

Oltre alla previsione di nuove norme incriminatrici in tema di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583- quinquies c.p.) e diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p.) nell'art. 7 viene, in particolare, proposta l'introduzione nel nostro codice penale del reato di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-bis c.p.), da porre nel titolo XI (delitti contro la famiglia) – Capo I (delitti contro il matrimonio).

Nel testo approvato dalla Camera il delitto di costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-bis c.p.), è punito con la reclusione da 1 a 5 anni. *La fattispecie è aggravata quando il reato è commesso in danno di minori e si procede anche quando il fatto è commesso all'estero da o in danno di un cittadino italiano o di uno straniero residente in Italia.* La norma contempla anche il caso in cui la vittima sia costretta a contrarre una unione civile.

L'art. 19 del disegno di legge, inoltre, apporta modifiche al d.l.vo 9.11.2007, n. 204 recante attuazione della direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Individua nella procura presso il tribunale, *in luogo dell'attuale procura generale presso la Corte d'Appello*, l'autorità di assistenza cui rivolgersi quando il reato che dà diritto all'indennizzo sia stato commesso nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea e il richiedente l'indennizzo sia stabilmente residente in Italia.

È indifferibile colmare il vuoto normativo, come ricordato dalla presidente di 'Metè Onlus', Giorgia Butera, convocata il 7 marzo 2019 in audizione in Senato insieme ai rappresentanti delle associazioni A.I.D.O.S. (Associazione Italiana Donne per lo Sviluppo) e Differenza donna: proprio il vuoto legislativo rende difficile soccorrere le vittime potendo contare solo sull'aiuto dei volontari (7).

Anche la recente sentenza della Corte Costituzionale 14.12.2018, n. 236, che ha dichiarato illegittima la norma che attribuisce al giudice di pace la competenza sul reato, tentato o consumato, di lesioni volontarie lievissime in danno del figlio naturale, ha fornito una chiarissima indicazione in ordine all'esigenza di offrire la più ampia tutela alle vittime di violenza in ambito familiare. La decisione della Corte costituzionale consente ora ai Tribunali ordinari l'allontanamento dalla casa familiare anche di chi è indagato o imputato per lesioni volontarie lievissime nei confronti di chi è vittima di violenza domestica, che siano figli, coniuge, anche separato o divorziato, o altra parte dell'unione civile.

Nell'attuale situazione di vuoto normativo, numerose associazioni di volontariato hanno individuato e attuano modalità di sostegno per le vittime di matrimoni forzati.

Ai minori viene offerta un'opportunità di fuggire da casa, insieme a un nome nuovo e una residenza protetta dove nascondersi dai parenti. Questo servizio non è regolato da alcuna legge, ma è sorto in modo spontaneo tra centri antiviolenza, assistenti sociali e funzionari pubblici volonterosi.

In prima linea vi è sempre l'associazionismo. Save The Children ha sollecitato, con l'uso dei social, una riflessione collettiva in occasione dell'11 ottobre, Giornata internazionale delle bambine, e avverte che saranno nel mondo 134 milioni le minorenni che si sposteranno entro il 2030 se il trend non dovesse interrompersi. L'associazione Trama di Terre, dopo aver dato alle stampe – e alla rete – un *vademecum* che traccia *Linee guida* per la prevenzione ed il contrasto ai matrimoni forzati ha realizzato uno specifico programma di protezione in difesa delle minorenni abusate (8).

4. Uno sguardo sull'Europa

Nel 2005, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa con la Raccomandazione n. 1723 ha invitato i Paesi membri ad adottare politiche di contrasto al fenomeno dei matrimoni precoci e forzati. Tra gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, adottati nel settembre 2015, è inclusa l'eliminazione del fenomeno dei matrimoni con minorenni entro il 2030.

Il codice penale svizzero non vieta il matrimonio con un coniuge minorenni. Dal 1 luglio 2013 costituisce reato (perseguibile d'ufficio) la costrizione al matrimonio, punibile con una pena sino a cinque anni di reclusione. Con la nuova legge, anche le unioni contratte all'estero con dei minorenni non sono più riconosciute in Svizzera, «salvo interessi preponderanti dello stesso». L'esecutivo intende anche valutare meglio il riconoscimento dei matrimoni conclusi all'estero di persone poi trasferitesi in Svizzera. Il programma nazionale di lotta ai matrimoni forzati, avviato nel 2013 (Programma federale di lotta contro i matrimoni forzati 2013-2017-Rapporto del Consiglio federale –Berna 25 ottobre 2017), ha finanziato 18 progetti, di cui sette proposti da ONG. I programmi sono finalizzati anche a promuovere l'informazione, la sensibilizzazione e la formazione.

Nel quadro del programma federale svizzero sono stati rilevati casi, tra 2015 e agosto 2017, 83% di donne vittime di matrimonio forzato e 17% di uomini; per quanto riguarda l'età, si è riscontrata una forte percentuale di minorenni: dal 2015 al 31 agosto 2017 il rilevamento dei casi ha evidenziato 257 casi di minorenni, pari al 28,4 per cento dei casi.

Nel Regno Unito, è stato emanato il Forced Marriage (civil Protection) Act 2007 che prevede la possibilità per le vittime di matrimonio forzato di chiedere tutela al tribunale. La legge consente alle vittime, e anche alle terze parti che le rappresentano, di ottenere degli “ordini di protezione dal matrimonio forzato” – Forced Marriage Protection Order (FMPO) – e ha introdotto linee-guida vincolanti sul matrimonio forzato, finalizzate a una maggior efficienza e coordinamento fra gli enti e i soggetti coinvolti, tra i quali polizia e servizi sociali. In base ai dati forniti dalla “Forced marriage unit” del Ministero dell'Interno inglese (Home Office), sono state circa 1.200 le segnalazioni relative a possibili casi di matrimoni forzati. Quasi otto casi su dieci (il 78%) riguardano donne e ragazze, per un totale di 930 casi segnalati su 1.196. In 355 casi, le vittime hanno meno di 18 anni (di cui 186 di età inferiore a 15).

In Belgio, la costrizione al matrimonio è punibile dal 2007 con una pena detentiva fino a due anni e con la multa fino a 2.500 euro.

La Norvegia, invece, ha modificato il suo codice penale nel 2003. Ora il forced marriage è un reato punibile fino a sei anni di carcere, ma è anche vietato contrarre matrimonio con una persona di età inferiore ai 16 anni.

La Germania è stata l'ultimo paese europeo, in ordine di tempo, a vietare il matrimonio forzato. Nel marzo 2011 il governo tedesco lo ha reso crimine punibile fino a cinque anni di carcere.

Anche la legge francese vieta i matrimoni forzati. Nel 2016 il Ministero federale degli interni ha individuato 1457 minori coinvolti in matrimoni forzati, di questi 1100 erano ragazze (per una più ampia e puntuale disamina delle normative vigenti negli Stati, si rimanda al volume *Female Genital Mutilation and Forced Marriage* - Consiglio d'Europa, 2018).

5. Conclusioni: dalla protezione alla prevenzione.

Il matrimonio forzato costituisce una violazione dei diritti umani e in tale ottica richiede una regolamentazione normativa e la previsione di una sanzione penale per gli autori della violazione.

In proposito, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, in occasione dell'audizione 13.2.2019 davanti alla Commissione Giustizia del Senato sui disegni di legge in materia di costrizione matrimoniale nei confronti dei minorenni, ha condiviso la proposta di introdurre in Italia il reato di matrimonio forzato e ha evidenziato che anche il matrimonio precoce, pur in caso di consenso espresso dal minore, deve essere oggetto di attenta valutazione per assicurare ai minori il diritto ad una libera e serena scelta di vita.

Nel nostro sistema esistono già numerose norme a tutela delle vittime di violenza. Una disciplina specifica consentirebbe una trattazione più immediata dei casi e l'avvio di una riflessione nella collettività in ordine alle gravi conseguenze del fenomeno.

Gli Stati europei sono stati sollecitati a sviluppare piani d'azione e strategie nazionali e a promuovere gli scambi al fine di combattere queste violazioni dei diritti umani (cfr. la Guida alle buone e promettenti pratiche volte a prevenire e combattere le mutilazioni genitali femminili e il matrimonio forzato, finalizzata a fornire una guida strategica sugli standard, i principi e le caratteristiche della necessaria risposta integrata per porre fine al fenomeno- nota 9).

È, comunque, necessaria una maggiore sensibilizzazione delle autorità e delle agenzie educative affinché imparino a riconoscere le situazioni a rischio. In particolare, appare necessario potenziare il lavoro di prevenzione nelle scuole, che rappresentano un luogo in cui le vittime hanno la possibilità di esprimere i loro dubbi e le loro paure. Il primo allarme può arrivare per esempio da un'insegnante, una bidella o dal referente di uno stage. Un primo campanello d'allarme è rappresentato dall'alta dispersione scolastica. Se le potenziali vittime sono

minori devono essere contattati i servizi sociali e la Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni per eventuali provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale e di collocamento eterofamiliare della minore. Se la potenziale vittima è maggiorenne, potrà decidere, con l'assistenza dei servizi sociali. Il sostegno psicologico è, comunque, sempre necessario per rispettare il legame affettivo delle vittime con gli adulti di riferimento e per evitarne l'isolamento sociale.

Come osservato da Maria Grazia Panunzi (A.I.D.O.S.), il solo approccio penale rischia di tradursi in una 'non soluzione': serve un intervento integrato, che tenga conto dei fattori legati alla povertà e al basso livello di istruzione ... e della necessità di far emergere le cause profonde che si nascondono dietro al fenomeno».

Essenziale, ai fini di adeguata prevenzione, è anche il *monitoraggio* del fenomeno. L'art. 11 della Convenzione di Istanbul prevede la raccolta di dati affidabili e sistematici di tutte le forme di violenza per acquisire un condiviso know-how specifico di intervento, fornendo informazioni generali, scambi di esperienze e offerte formative.

NOTE

1. Nojoud Ali Moi Nojoud, 10 ans, divorcée (Io, Nojoud, dieci anni, divorziata, ed. Piemme, 2009), da cui è stato tratto il film *La sposa bambina*
2. "Matrimoni forzati: quando in gioco c'è la vita di una persona, [/www.swissinfo.ch/ita/intervista-_matrimoni-forzati--quando.../43692250](http://www.swissinfo.ch/ita/intervista-_matrimoni-forzati--quando.../43692250), intervista a cura di Stefania Summermatter, 27.11.2017.
3. Cfr. il volume *Female Genital Mutilation and Forced Marriage* - Consiglio d'Europa, 2018
4. Report Spose bambine: la prima indagine italiana registra record mondiale, di Gaetano De Monte, www.osservatoriodiritti.it, 27.11.2017.
5. Pubblicato in *Minori.it* – Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza (www.minori.it), 5.8.2014.
6. Alessandra Benignetti, 18.9.2018, *il Giornale.it*.
7. Perché è necessaria una legge sui matrimoni forzati in Italia di Luisa Rizzitelli, in www.letteradonna.it, 28.6.2018.

8. Linee guida per operatori dei CPSA, 19.12.2017, www.tramaditerre.org/tdt/indices/index_276.

9. Cfr. pubblicazione Female Genital Mutilation and Forced Marriage - Consiglio d'Europa, 2018.

FEDERICA LA CHIOMA

L'ordine di produzione e di conservazione europeo delle prove elettroniche

1. Introduzione: prova digitale e libertà informatica

Una delle principali declinazioni della democrazia nel XXI secolo¹ sfocia nel diritto alla *libertà informatica*, che si articola su un duplice versante: da un lato quello conservativo, oggetto di tutela penalistica (si pensi esemplificativamente alla norma contenuta nell'art. 615 ter c.p., che, sanzionando la condotta di accesso abusivo ad un sistema informatico, è volta a proteggere la *sicurezza informatica* intesa quale integrità dei sistemi informatici), dall'altro quello promozionale, oggetto di tutela penalistica e processualpenalistica mediante il complesso di disposizioni tese a garantire la *riservatezza informatica*. Quest'ultima va interpretata quale autonomo interesse giuridicamente protetto a non subire intercettazioni o interferenze nelle proprie comunicazioni informatiche, ancorché non connotate dal carattere della segretezza e riservatezza, dunque anche oltre gli stretti confini di tutela del segreto epistolare²; tanto sull'assunto che il nascere e lo svilupparsi di relazioni interne al *cyberspace* abbia generato un nuovo bene giuridico della persona a vedersi garantita una sfera esclusiva di controllo sulla manifestazione della propria personalità attraverso la rete, in tutte le forme in cui quest'ultima lo consenta, quali comunicazioni di posta elettronica, messaggi istantanei visuali e vocali, addirittura memorizzazioni di *password* e aggiornamenti di semplici status *on* e *off line*. Tale rapida rassegna permette dunque di comprendere come nello spazio virtuale si concentri e raccolga una congerie di dati che afferisce all'intera esplicazione della personalità nel dispiegarsi delle sue molteplici articolazioni quotidiane (inviare una foto, localizzare una posizione, memorizzare un appuntamento, in sostanza tutti i dati che l'inoculazione di un virus spia permetterebbe di raccogliere)³ e ciò pone all'operatore del diritto un serio dilemma ermeneutico, che giustifica l'esistenza di argini anche processuali a garanzia di tale ampio e nuovo diritto di libertà: come conciliare la tutela di tale posizione giuridica soggettiva,

¹ Dal nome dell'opera omonima di FROSINI, V. (2010), *La democrazia nel XXI secolo*, Macerata, p. 41.

² Tali riflessioni sono tratte da FLOR, R., *Riservatezza informatica e sicurezza informatica quali nuovi beni giuridici penalmente protetti*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 467.

³ Per un'approfondita riflessione comparatistica si veda PARLATO, L., *Le perquisizioni on line: un fenomeno sfuggente e in continua evoluzione*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *cit.*, p. 443.

suscettibile di rientrare in termini generali nell'alveo della tutela della riservatezza della vita privata (art. 2 Cost.) e di volta in volta in quelli della libertà personale (art. 13 Cost.) e di manifestazione del pensiero (art. 18 Cost.) o della libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) e del domicilio (art. 14 Cost.), con lo sviluppo vertiginoso della tecnologia, che offre nuovi mezzi di raccolta dei dati, suscettibili di costituire oggetto di prove caratterizzate da spiccata e continua innovatività e ammesse dall'ordinamento in virtù della clausola generale contenuta nell'art. 189 c.p.p., che, nel fondare il principio di atipicità delle prove, è generalmente ritenuta fondare anche, ed *a fortiori*, quello di atipicità degli atti di indagine.

Dal momento che, nelle moderne democrazie costituzionali, l'assolutezza del libero convincimento del giudice è contemperata con la previsione di paradigmi probatori che delineano le modalità di raccolta dei dati empirici o quantomeno ne conformano i principi ispiratori (quali i diritti inviolabili della personalità)⁴, sancendo così una regola di utilizzabilità o inutilizzabilità del materiale istruttorio conseguito, deve ritenersi che l'unico modo per assicurare una compatibilità fra l'ammissibilità delle nuove prove atipiche e la tutela della riservatezza informatica si fondi sulla procedimentalizzazione delle modalità di assunzione delle prime. Se infatti il potere è la forma della funzione⁵, la positivizzazione delle modalità di raccolta della prova acquisita in ambito informatico consente di arginare il potere tendenzialmente illimitato dell'organo inquirente⁶ di avere accesso al complesso dei dati riversati sui dispositivi informatici di cui possa conseguire la materiale disponibilità mediante una semplice attività di perquisizione e sequestro⁷, in tal modo

⁴ Si veda in tal senso DI CHIARA, G., *Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *cit.*, p. 372, che ricorda l'insegnamento di Francesco Carrara secondo cui "intuito degli ordinamenti procedurali – aveva scritto in uno dei valichi più noti della trattatistica del secondo ottocento – è di frenare la violenza dei magistrati. Il conoscere giudiziale implica, dunque, esercizio del potere; spetta al diritto processuale – e, anzitutto, alle dimensioni di *law of evidence* – incanalare quel potere entro dispositivi di garanzia strumentali al conseguimento di finalità di giustizia."

⁵ CARINGELLA, F., *Manuale di diritto amministrativo*, XII Edizione, DIKE Giuridica Editrice, 2018.

⁶ Secondo LORENZETTO, E. *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in LUPARIA, L., (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cyber crime*, Padova, 2009, p. 141, l'intento legislativo di procedimentalizzazione dell'indagine digitale trae la sua giustificazione dall'esigenza di interrompere usanze investigative devianti e dimentiche di ogni garanzia sotto i profili della genuinità del risultato e del contraddittorio paritetico.

⁷ Si noti come, in attuazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 275 c.p.p., ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità applicabile alle cautele reali oltre che personali, CERQUA, F., 2015, *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 5, derivi la conseguenza che l'acquisizione attraverso il sequestro dell'intero *personal computer* deve considerarsi un'ipotesi residuale, che può essere impiegata ad esempio nel caso in cui lo stesso venga impiegato quasi esclusivamente per l'archiviazione del materiale illecito; tanto perché "il legislatore del 2008, recependo la Convenzione di Budapest, ha chiaramente distinto tra l'apprensione del singolo dato informatico (il contenuto) ed il *personal computer* (il contenitore), stabilendo che per l'autorità giudiziaria non è possibile acquisire in modo indiscriminato un intero

salvaguardando anche in questo delicato settore il bilanciamento tra efficienza e libertà che conforma di sé il modello costituzionale⁸.

Tale esigenza di procedimentalizzazione della prova atipica⁹ appare particolarmente cogente invero rispetto alla prova cosiddetta “*digitale*”, per tale dovendosi intendere quella rappresentativa di un contenuto che non è vincolata ad un determinato contenitore, ben potendo essere trasferita da un supporto all’altro senza subire alcuna alterazione della propria identità, diversamente da quanto avviene con la tradizionale prova documentale, preconstituita rispetto alla *res* che la incorpora e sostanzia invariabilmente. La *digital evidence* “*in sostanza, è duplicabile una serie infinita di volte, senza differenza qualitativa dall’originale*”¹⁰; paradossalmente, però, tale ostinata costanza rispetto alla molteplicità delle sue forme di manifestazione differenzia la prova elettronica dal contenuto che essa dimostra, che al contrario si manifesta quale dato intrinsecamente fragile e aperto. Basti pensare a un messaggio di testo, suscettibile di cambiare i suoi dati identificativi in virtù del mero inoltro pur in assenza di alterazioni puramente contenutistiche: di talché ogni contenuto digitale, prima che sia assunto come oggetto di prova, diventando così infinitamente esportabile ad altri supporti, “*diventa un turno che attende il suo completamento nella mossa successiva dell’interlocutore.*”¹¹

Tale osservazione permette di comprendere a quale ulteriore finalità sia precipuamente asservita la ricordata procedimentalizzazione della prova elettronica: quella di apprestare le necessarie cautele per garantire la genuinità del dato raccolto, di per sé ontologicamente fragile, alterabile e falsificabile¹². “*Più precisamente, nel settore dell’accertamento informatico tendono ad acuirsi le intersezioni, comunque tipiche del diritto delle prove penali, tra il piano della tutela della purezza del dato epistemico e quello della salvaguardia del diritto di difesa, giacché ogni dinamica di raccolta di una digital evidence sottende un periculum tanto per la prima quanto per la seconda.*

archivio elettronico, sulla scorta della facilità di accesso al sistema, che consenta di effettuare agevolmente la copia ed il trasferimento fisico dei dati rispetto alla massa di documenti cartacei corrispondenti.”

⁸ PARLATO, L. *cit.*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *cit.*, p. 444.

⁹ Secondo MAGGIO, P., *L’ascolto occulto delle conversazioni tra atipicità e illiceità probatoria*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, p. 408, “*le incessanti conquiste tecnologiche, presenti nella mens dei codificatori del 1988, hanno assegnato all’art. 189 c.p.p. l’indubbio compito di evitare eccessive restrizioni ai fini dell’accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell’investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive.*”

¹⁰ Si veda CERQUA, F., 2015, *cit.*, p. 6.

¹¹ *Ibidem.*

¹² Mediante il semplice spegnimento del computer, ad esempio; si veda CERQUA, F., 2015, *cit.*, p. 4.

Del resto, rispetto a contesti che presentano affinità, come appunto l'apprensione dei reperti a fini di profilatura genetica, le criticità appaiono decisamente accresciute, sia per la maggiore attendibilità delle evidenze (a seguito di condotte anche inconsapevoli), sia per una distanza ancora più accentuata tra senso comune e tecnologia per attori e comprimari del rito, sia, infine, per una vastità di approcci sedimentata quanto a teorie e tecniche condivise.”¹³

Da ciò il tenore degli artt. 254 bis c.p.p. e 260 comma 2 c.p.p., che, nel disciplinare la perquisizione e il sequestro dei dati informatici detenuti da fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni, prevedono che per esigenze legate alla regolare fornitura dei servizi medesimi la loro acquisizione avvenga mediante copia di essi su un adeguato supporto, tramite una procedura che assicuri la conformità dei dati acquisiti a quelli originali, consentendo dunque di salvaguardarne l'immodificabilità, *“in ossequio al rilievo per cui l'attività di acquisizione di copie e di conservazione dei dati digitali, pur non rientrando tra gli atti irripetibili, esige delle particolari cautele tecniche, che devono essere adottate in conformità delle best practices della computer forensic: la volatilità dei dati informatici può esser infatti conseguita solamente evitando il ricorso a condotte non sufficientemente professionali.”*¹⁴

Tale esigenza di procedimentalizzazione ha ormai assunto carattere generalizzato, e non soltanto perché la prova dell'illecito *“finisce sempre più abitualmente con l'annidarsi nel computer anche in tutte quelle ipotesi in cui il sistema informatico non costituisce il destinatario dell'offesa o l'elemento costitutivo della fattispecie, né tanto meno il mezzo attraverso cui si è perpetrato l'illecito. L'evidenza digitale può infatti essere determinante ormai in ogni inchiesta criminale, dalle indagini per terrorismo a quelle per reati associativi o dei colletti bianchi.”*¹⁵ La diffusione del tema delle modalità di assunzione della prova informatica ha altresì assunto carattere transnazionale dal momento che molte di esse sono generate da soggetti privati, fornitori di servizi o gestori di *server*, istituiti all'estero, come tali dunque sottratti alla competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria procedente; tale circostanza però non può essere una ragione sufficiente per arrestare al confine nazionale le attività di indagine, dal momento che *“non possiamo permettere*

¹³ Si veda CERQUA, F., *cit.*, p. 6, che riporta il pensiero di LUPARIA, L., *Computer crimes e procedimento penale*, in GARUTI, G. (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in SPANGHER, G., (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, Torino, 2011, p. 373.

¹⁴ Si veda ancora CERQUA, F., *cit.*, p. 8.

¹⁵ LUPARIA, L., *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in LUPARIA, L., ZICCARDI, G., *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007, p. 130.

che i criminali e i terroristi sfruttino le moderne tecnologie di comunicazione [...] per occultare le loro azioni criminali e sottrarsi alla giustizia.”¹⁶

Da ciò la presentazione, nell’aprile 2018, di un pacchetto di interventi da parte del Vicepresidente della Commissione Europea volti a semplificare la circolazione transfrontaliera delle prove digitali nei procedimenti penali all’interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione Europea, fra cui rientra una proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione delle prove elettroniche in materia penale¹⁷, che verrà dettagliatamente illustrato nel prossimo paragrafo.

2. L’ordine europeo di produzione e di conservazione delle prove elettroniche

All’indomani degli attentati di Bruxelles del 2016¹⁸ i ministri della giustizia e degli affari interni per il Consiglio GAI e i rappresentanti delle altre istituzioni dell’Unione hanno rilasciato una dichiarazione congiunta, nella quale hanno evidenziato la necessità di trovare più rapidamente ed efficacemente prove digitali, intensificando la cooperazione con i Paesi terzi e con i fornitori di servizi operanti nel territorio europeo; a tal fine la Commissione ha dichiarato di voler attivarsi mediante la presentazione di un provvedimento nel 2017 ed ha intrapreso, su sollecitazione del Consiglio dell’Unione, una consultazione con i soggetti interessati (industrie, fornitori di servizi, accademici, rappresentanti di istituzioni e organizzazioni non governative). Un’importante accelerazione ai lavori è giunta dal Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017, dove si è formalizzato il principio per cui l’accesso alle prove elettroniche è essenziale per combattere le gravi forme di criminalità ed il terrorismo; già alla fine dell’anno, dunque, l’iniziativa in materia di circolazione delle prove digitali veniva inserita nella dichiarazione congiunta di Parlamento, Consiglio e Commissione fra le priorità legislative dell’Unione per il biennio 2018-2019, da approvare possibilmente prima delle elezioni europee del 2019, alla luce del dato statistico di non trascurabile rilievo che più della metà delle investigazioni penali svolte nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione (SLSG) necessiterebbero di una richiesta transnazionale di accesso

¹⁶ Commissione Europea, Comunicato Stampa, *Unione della sicurezza: la Commissione facilita l’accesso alle prove elettroniche*, IP/18/3343.

¹⁷ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo agli ordini europei di produzione e di conservazione delle prove elettroniche in materia penale, COM (2018) 225 final.

¹⁸ Per una lettura diacronica dello sviluppo dello strumento si veda GIALUZ, M., DELLA TORRE, J., 2018, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5/18, pp. 277-294.

a materiale probatorio elettronico. Infatti l'esperienza concreta insegna che ad esempio i messaggi di posta elettronica o scambiati attraverso i sistemi di messaggistica istantanea quali MSN o *WhatsApp* sono spesso detenuti su un *cloud* o su un server localizzato in un altro Paese o gestito da amministratori sottoposti alla legislazione di un altro Stato; il ricorso alle tradizionali forme di cooperazione giudiziaria, che transita per i meccanismi di assistenza giudiziaria bilaterale o multilaterale con gli Stati interessati o finanche per il recente strumento dell'ordine di indagine europeo (O.E.I.), si rivela da un lato troppo lento rispetto alle urgenti esigenze punitive avanzate a fronte di reati caratterizzati da elevato allarme sociale quali quelli concernenti il terrorismo e più in generale il crimine transnazionale, dall'altro si rivela infruttuoso, se solo si tenga a mente come molte delle società che gestiscono i dati abbiano sede in alcuni Stati (come l'Irlanda) che non hanno aderito ad importanti strumenti legislativi quali la direttiva che ha introdotto l'O.E.I.. Anche il *Cybercrime Convention Committee*, istituito dall'art. 46 della Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, ha manifestato il suo rincrescimento per un uso delle risorse messe a disposizione degli Stati parti dalla Convenzione obiettivamente non rispondente allo scopo.

La scelta di molti Stati è stata dunque quella di ricorrere, per la necessità di acquisizione della prova informatica, al contatto diretto con i *service provider* situati in Stati stranieri senza transitare per il tramite delle autorità del Paese di esecuzione; si è preferito optare, in sostanza, per un'adesione alla richiesta di assistenza nell'acquisizione del materiale investigativo o istruttorio del tutto spontanea e volontaria da parte del gestore del *server*, interpellato direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato rogante. Tale meccanismo, seppur dotato di maggiore flessibilità ed efficienza, si è rivelato tuttavia foriero di grandi incertezze giuridiche, oltre che minato nella sua efficacia dalla sua inadeguatezza a salvaguardare i diritti delle persone fisiche e giuridiche interessate dalle richieste, disposte in assenza di qualsivoglia tipizzazione o, come si diceva *supra*, procedimentalizzazione. La conseguenza è stata che nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia meno della metà delle richieste probatorie ai *service provider* hanno oggi effettivamente esito positivo, di modo che almeno due terzi dei reati, che necessiterebbero di prove digitali raccolte all'estero, non possono essere perseguiti efficacemente. Tale conclusione è stata ritenuta non accettabile dall'Unione, dal momento che sottende come, mentre le autorità continuano a lavorare con metodi proceduralmente gravosi di accesso alla prova, i criminali operino usando tecnologie

veloci e all'avanguardia; “*come i criminali, anche le autorità di contrasto devono poter ricorrere a metodi propri del XXI secolo per combattere la criminalità.*”¹⁹

Da ciò la scelta di introdurre uno strumento che, sotto forma di ordine, ingiunga *direttamente* ai *service provider* che operano nello SLSG (pur avendo la loro sede centrale in un Paese terzo) di ottenere o far conservare il materiale probatorio di cui necessitano²⁰; “*l’Unione ha quindi deciso di puntare sulla cooperazione diretta tra soggetti pubblici e fornitori di servizi internet, manifestando oltretutto il proposito di stabilire un corposo apparato di garanzie processuali, volte ad assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella procedura.*”²¹

Tale scelta ha evidentemente sollevato alcune criticità, *in primis* relative al fondamento normativo dell’intervento: il richiamato art. 82(1) del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, infatti, sancisce il principio di mutuo riconoscimento, che però vige soltanto fra le autorità giudiziarie degli Stati membri. Nel caso di specie, invero, ci si trova al cospetto di uno strumento che prevede forme di collaborazione fra le autorità giudiziarie e di polizia dello Stato richiedente ed

¹⁹ Si vedano GIALUZ, M., DELLA TORRE, J., 2018, *cit.*, p. 281, che citano le parole della Commissaria alla Giustizia Vera Jourova.

²⁰ I *preservation order* sono strumenti tipici dei sistemi di *common law*, che, nel loro approccio al fenomeno giuridico fondato sulla esperienza empirica di tipo casistico, si sono trovati ad affrontare il principale problema legato alla prova elettronica: la sua vulnerabilità, consistente nell’attitudine del contenuto digitale ad essere, anche innocentemente, continuamente mutato, alterato, lavorato (“*by its nature, electronic information often is continuously, and innocently, processed and altered*”), che è tale per cui, sebbene nel mondo degli affari la digitalizzazione abbia comportato effetti benefici, sul piano del diritto si sia tradotta in una incertezza di tipo speculativo sull’esito della vicenda processuale, irrimediabilmente appesa al severo rischio della distruzione della prova madre (“*any modification or addition to a database or website technically may constitute destroying or altering electronic evidence*”). Si veda in tal senso NEUMEIER, M. M., 2004, *Preservation orders: navigating an electronic mainfield*, in *Mealey’s Litigation Report*, n. 1 #5, p. 1: “*electronic information is very mutable. It generally is easily accessed, created or altered, even from remote locations. While these characteristics are an advantage in the business world, they also fuel speculation about a perceived hazard in the litigation context: evidence destruction. Recent corporate scandals involving the destruction or attempted destruction of e-mails and other electronic evidence have only increased counsel’ fears that key evidence will disappear long before trial. One common solution sought by opposing counsel to combat their fears is the preservation order. Although it often may seem harmless, an unbridled electronic evidence preservation order can have far-reaching and potentially drastic consequences to the business operations of a company.*” A tale scopo dunque l’ordine di conservazione altro non è se non “*a motion to preserve evidence [...] an injunctive remedy and should issue only upon an adequate showing that equitable relief is warranted.*” La necessità di una qualche forma di garanzia per il destinatario dell’ordine deriva dalla consapevolezza che, sebbene l’ingiunzione a non distruggere una fonte di prova appaia ragionevole e sensata nel corso del processo, essa potrebbe comportare perdite economiche rilevanti per la società o per il gestore del servizio, impossibilitato ad utilizzare *in toto* i propri dati; per tale ragione “*courts generally look at three factors in determining whether a preservation order is warranted in a given case: 1 Whether the movant can demonstrate that an opponent likely will destroy relevant information without a preservation order; 2. Whether the movant will suffer irreparably harm if a preservation order is not entered; and 3. The burden imposed upon the parties by granting the preservation order.*” Come si vedrà tale giudizio di necessità e proporzionalità è stato conservato nella Proposta di Regolamento.

²¹ Si vedano GIALUZ, M., DELLA TORRE, J., 2018, *cit.*, p. 282.

un soggetto privato (la persona fisica o giuridica che detiene il dato informatico), rispetto al quale non può ipotizzarsi alcun tipo di *endorsement* fondato su un presunto *mutual trust*.

Peraltro, consentendo ad uno Stato richiedente di esigere una forma di collaborazione da un soggetto privato all'interno di uno Stato terzo, senza transitare per le autorità giurisdizionali di quest'ultimo, si finirebbe per assegnare al primo una inammissibile giurisdizione extraterritoriale, tanto più forzata quanto più si tenga conto che, diversamente da quanto avvenuto in tema di O.I.E., il legislatore eurounitario ha scelto in materia di prova digitale di conseguire lo scopo dell'armonizzazione non già per il tramite di una direttiva ma di una proposta di regolamento. La decisione di ricorrere ad una tale fonte insinua il rischio di una armonizzazione verso il basso, in presenza di Stati membri che si caratterizzano per differenti standard probatori in materia, nonché di una violazione del principio di sussidiarietà, che richiederebbe invece la scelta dello strumento meno invasivo ma ugualmente efficiente.²²

In attesa che tali dubbi vengano sciolti in sede di approvazione definitiva della proposta, se ne tratterà sommariamente nel paragrafo seguente il contenuto.

3. I nuovi O.P.E. e O.C.E.

L'intervento in materia di accesso alla prova digitale che la Commissione Europea ha inteso lanciare si fonda sulla cooperazione diretta fra soggetti pubblici e fornitori di servizi internet e dunque si articola, secondo il ricordato modulo proceduralizzato prima evocato, su una rigorosa tipizzazione dei casi e modi in cui le autorità nazionali possono rivolgersi direttamente ai *service provider* che operano nello SLSG, indipendentemente dalla circostanza che la loro sede centrale sia costituita o localizzata presso uno Stato terzo. D'altro canto nella proposta di regolamento è stato previsto un apparato di garanzie processuali, finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di libertà informatica dei soggetti coinvolti dalla procedura di emissione dei due nuovi strumenti normativi: l'O.P.E. (ordine europeo di produzione) e l'O.C.E. (ordine europeo di conservazione delle prove elettroniche nei procedimenti penali).

Preliminarmente la proposta di intervento della Commissione chiarisce come le sue previsioni siano applicabili solo alle fattispecie connotate dal carattere transfrontaliero, lasciando dunque intendere come ai fini della richiesta di assistenza giudiziaria mediante il nuovo strumento

²² Per questi ed altri dubbi sulla validità della proposta di regolamento si veda *CCBE position on the Commission proposal for a Regulation on European Production and Preservation Orders for electronic evidence in criminal matters*.

dell'O.P.E. e dell'O.C.E., diversamente da quanto avvenga in tutti gli altri casi di cooperazione giudiziaria, il dato della transnazionalità non debba attenere soltanto alla diversa origine dei soggetti (pubblici ma ora anche privati) coinvolti nella raccolta dell'atto investigativo o del mezzo probatorio richiesto, ma debba colorare di sé anche la natura della controversia.

In secondo luogo la proposta chiarisce come si possa fare ricorso ai due nuovi strumenti solo nel corso di un procedimento penale già avviato e tale previsione assume carattere fondamentale ai fini dell'interpretazione del corretto raggio d'azione delle nuove norme, che non potranno mai essere utilizzate per fondare una legittimazione statutale ad esigere forme di collaborazione da privati volte alla fornitura di evidenze in relazione ad un attività di monitoraggio preventivo di eventuali attività illecite che non hanno trovato una preliminare consacrazione in un provvedimento di iscrizione nel registro del tipo di quello di cui all'art. 335 c.p.p.; è infatti da tale momento che i diritti di difesa assumono una loro autonomia, tale da giustificare anche le garanzie procedurali previste dalla Commissione.

Inoltre, chiarisce la proposta come i nuovi strumenti possano valere soltanto per richiedere la consegna o la conservazione di prove elettroniche già esistenti e non per l'intercettazione in tempo reale di dati informatici, dovendo tale attività essere richiesta mediante le preesistenti forme di cooperazione giudiziaria fra cui l'O.E.I.

Secondo l'impostazione tipica degli atti normativi dell'Unione Europea, la proposta di direttiva contiene una serie di definizioni, volte innanzitutto a chiarire quale forma debbano assumere i nuovi "ordini", essendo tale ultima dizione del tutto generica; la tipologia di provvedimento scelta dalla Commissione rimanda alle *injunction* di origine anglosassone, ossia alle decisioni vincolanti emananti da un'autorità di emissione, finalizzate alla produzione di una prova elettronica o alla sua conservazione in vista di una successiva richiesta di produzione.

Per prova elettronica si intende quella volta a dimostrare quattro tipi di contenuti²³:

- dati relativi agli abbonati (*subscriber data*);
- dati relativi agli accessi (*access data*);
- dati relativi alle operazioni (*transactional data*);
- dati relativi al contenuto (*content data*).

²³ MANGIARACINA, A., *Nuovi scenari nell'accesso transfrontaliero alla prova elettronica*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 421-440.

La diversa natura dei dati possibile oggetto di una prova digitale giustifica, da un lato, una diversa legittimazione attiva all'emissione del relativo ordine e, dall'altro, una diversa base giuridica quale suo presupposto: quanto al primo versante giova notare come quanto più si allarga la sfera dei legittimati passivi (che include ormai soggetti privi di personalità giuridica di diritto pubblico) tanto più si restringe quella dei legittimati attivi, dal momento che, diversamente da quanto previsto in materia di O.E.I., soltanto l'autorità inquirente (e non anche la difesa dell'indagato e men che meno la persona offesa) può emettere gli O.P.E. e gli O.C.E.

Tenuto conto della circostanza che, all'interno dell'Unione, il concetto di autorità giudiziaria non ha la stessa estensione in tutti gli Stati membri, la direttiva ha opportunamente puntualizzato come gli O.C.E., avendo un contenuto precettivo meno intrusivo²⁴ sulla libertà informatica del soggetto titolare dei dati, possano essere emessi da un pubblico ministero senza necessità di convalida da parte del giudice, indipendentemente dal loro contenuto.

Diversamente, per gli O.P.E., si pone una distinzione: quelli aventi ad oggetto le operazioni ed i contenuti necessitano della validazione di un giudice.

Dal punto di vista della legittimazione passiva, destinatari degli ordini saranno i rappresentanti legali dei soggetti interessati, specificamente designati dai *service provider* al fine di

²⁴ Non si dimentichi, tuttavia, come il costo anche del mero ordine di conservazione sia sempre molto elevato dal punto di vista economico-finanziario: chiarisce infatti NEUMEIER, M. N. *cit.*, p. 3, come “*most business rely on the dynamic nature of electronic information in some facet of their business. For example, many companies maintain additive costumers databases, continuously update and modify web pages, digitally image key documents, or routinely purge e-mail or other digital communication mediums in the ordinary course of their business. A seemingly harmless generic preservation order precluding a business from “altering or modifying” any electronic information literally can bring an entire business to a standstill. In addition to business disruption, compliance with a broadly-worded preservation order literally could be impossible. For example, a preservation order that encompasses all “computer memory”, if taken literally, would be violated at the moment it was entered because computers constantly, consistently, and automatically dispose of data in their random access memory.*”

In addition to the business disruption issues frequently caused by electronic preservation orders, compliance with such orders can be extremely costly. One Fortune 500 company estimated that compliance with a preservation order would cost it over \$750,000. The cost in employees hours required to comply with electronic information preservation orders also can be substantial. For example, a preservation order may require a company to undertake certain obligations it otherwise would not implement, such as monitoring certain computer systems or maintaining an extensive computer activity log, all of which require additional employee hours or the engagement of a consultant or expert. Thus, the burden on a party stemming from an electronic evidence preservation order may be significant. By challenging the entry of such an order, a party is not tacitly admitting that it intends to destroy evidence. To the contrary, a party may need to challenge a preservation order to continue its ordinary business operations.” Ciò induce a ritenere come, sebbene dal punto di vista giuridico l'ordine di conservazione avrà effetti limitati, dal punto di vista patrimoniale sarà suscettibile di produrre effetti rilevanti per il soggetto destinatario, che pertanto sarà indotto ad avanzare con sempre maggiore convinzione forme di verifica (anche a carattere censorio, in un regime di responsabilità civile dei magistrati per l'esercizio delle loro funzioni) della effettiva necessità e proporzionalità dell'ordine, che di esso costituiscono i presupposti tipizzati dal legislatore eurounitario. In ogni caso la proposta di regolamento prevede come i fornitori potranno richiedere allo Stato di emissione il rimborso dei costi sostenuti per l'esecuzione dell'ordine, solo ove ciò sia previsto dalla normativa interna per i corrispondenti atti di indagine nel corso di procedimenti domestici.

rispondere alle richieste di assistenza giudiziaria. È ragionevole ritenere che a breve potrà sorgere il problema della eventuale responsabilità dell'ente per violazione dell'ordine in assenza di adeguati modelli di controllo, trattandosi di attività di gestione dei dati personali.

È previsto altresì un presupposto legittimante la emissione di ordini: mentre gli O.C.E. e gli O.P.E. riguardanti gli accessi e gli abbonati possono essere emessi per qualsiasi tipo di reato, gli O.P.E. riguardanti i contenuti e le operazioni possono essere emessi solo per alcune tipologie di reato normativamente previste (sintomatico il caso della pornografia minorile) oppure per reati puniti con pena nel massimo pari ad almeno tre anni di pena detentiva (che tuttavia nell'ordinamento italiano sanziona anche reati di ridotto allarme sociale, rendendo molto ampio il campo di applicazione anche di questa tipologia di O.P.E.).

Tuttavia, permangono due limiti invalicabili, sia per gli O.P.E. che per gli O.C.E., indipendentemente dal loro contenuto: innanzitutto possono essere emessi solo se una misura dello stesso tipo sia disponibile per lo stesso reato in una situazione nazionale comparabile nello Stato di emissione. Per la prima volta non si prevede come requisito legittimante la doppia incriminazione, piuttosto si esprime un *mutual trust* a che la fattispecie connotata dai ricordati elementi transfrontalieri possa godere delle stesse risorse investigative di quella domestica.

Dall'altro gli ordini possono essere emessi solo se la loro emissione appaia proporzionale e necessaria ai fini del conseguimento del risultato investigativo, secondo il principio dell'equo bilanciamento con i diritti di libertà dell'indagato o imputato; tuttavia è ancora incerto come e chi possa verificare ed eventualmente contestare la proporzionalità e necessità dell'ordine. Se questo vaglio è infatti rimesso all'autorità ricevente nel caso dell'O.E.I., trattandosi di autorità giurisdizionale, nel caso in esame non potrà essere di certo affidato ad un soggetto privato, che per di più, come chiarito in sede di consultazione con le parti sociali interessate, non avrà accesso all'ordine, quanto piuttosto ad un certificato²⁵ (compilato secondo i *format* che saranno messi a disposizione e tradotto nella lingua del destinatario), nel quale sarà richiesta solo la natura dell'ingiunzione, con il relativo contenuto, senza necessità di *discovery* di tutti gli atti di indagine. È dunque ragionevole ritenere che l'unico vaglio che potrà essere avanzato concernente l'ordine sia quello rimesso alle difese, che potranno impugnarlo secondo gli ordinari rimedi previsti avverso il provvedimento (ordinanza o decreto) che lo contiene.

²⁵ Si vedano le Conclusions of the 2nd meeting of the EJN e-Evidence Working Group on the proposal for the Production and Preservation orders, 28 and 29 January 2019, The Hague.

Esclusa dunque ogni possibilità di vaglio da parte del destinatario dell'ordine, questi, nel caso dell'O.P.E., sarà tenuto a spedire (tramite sistemi di sicurezza che verranno indicati e messi a disposizione dall'Unione, come ad esempio quello assicurato tramite l'*European Judicial Network*) la prova informatica richiesta nel termine massimo di dieci giorni, a meno che l'autorità emittente non richieda per motivate ragioni d'urgenza un'accelerazione del termine che non potrà comunque superare le sei ore. Per quanto riguarda invece l'esecuzione degli O.C.E., essi determineranno un congelamento della prova digitale per un termine massimo di sessanta giorni, estensibile solo l'intimato venga informato della successiva emissione di un O.P.E.. Trattasi dunque di termini dimezzati rispetto a quelli previsti in tema di O.E.I., che possono estendersi fino a centoventi giorni.

Un'ulteriore peculiarità della proposta di regolamento è che la stessa rimetta al soggetto privato titolare del dato digitale la tutela dei diritti della difesa: infatti spetterà al *service provider* opporsi alla consegna dei dati richiesti, allorché l'ordine appaia lesivo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea o risulti manifestamente abusivo, concetto evidentemente più ampio rispetto a quello di non necessario o non proporzionale²⁶. In nessun caso, però, il soggetto destinatario dell'ordine potrà informare della sua emissione i destinatari, ove ciò si richieda dall'autorità emittente per preservare l'efficienza delle indagini. In ogni caso sarà l'autorità emittente a dover informare senza ritardo gli interessati, una volta che avrà ricevuto l'ordine, potendo però la stessa posticipare questo adempimento per il tempo necessario e proporzionato per non ostacolare il procedimento penale²⁷.

²⁶ GIALUZ, M., DELLA TORRE, J., *cit.*, p. 286, citano il caso dell'ordine che ingiunga la produzione indiscriminata di dati che riguardino una categoria indeterminata di persone o che risultino del tutto sganciati da un procedimento penale di riferimento: “*si tratta, come è ovvio, di una disposizione chiave, posto che è idonea a evitare che gli O.P.E. si trasformino in una trappola lesiva dei più basilari principi dell'Unione racchiusi nella Carta di Nizza.*”

²⁷ Trattasi di una norma simile a quella prevista in tema di O.E.I. (art. 4 del d.lg.s 21 giugno 2017, n. 108, di recepimento della direttiva 2014/41 dell'Unione), che impone allo Stato richiesto di comunicare all'interessato il provvedimento di riconoscimento dell'ordine nel momento in cui l'atto è compiuto o perlomeno immediatamente dopo, non potendo tale adempimento, come chiarito da ultimo da Cass. Pen., Sez. VI, sent. 31 gennaio 2019 n. 8320, essere supplito da altre forme di avviso come quello conseguente al sequestro. Sebbene la comunicazione non abbia effetti sospensivi e quantunque l'ordinamento appresti rimedi *ad hoc* avverso l'atto di indagine compiuto (come il riesame avverso il provvedimento cautelare reale adottato in esecuzione dell'O.E.I.), non può farsi applicazione del principio generale di conservazione degli atti giuridici o di quello più spiccatamente civilistico per cui *utile per inutile non vitiatur* (rispetto all'atto di indagine in sé); intento del legislatore eurounitario, all'interno di una disciplina che tace rispetto al regime di utilizzabilità della prova compiuta, pare infatti essere stato quello di lasciare al vaglio dell'autorità dello Stato richiesto di sindacare, dapprima tramite il decreto di riconoscimento e poi in sede di impugnazione, la conformità dell'ordine al principio di proporzionalità e ai principi fondamentali dell'ordinamento di esecuzione, rimarcando dunque come l'esecuzione dell'ordine non sia un fatto automatico, ma rimesso alla valutazione insolitamente discrezionale del P.M. (solitamente abituato a confrontarsi invece con il principio di legalità e di sottoposizione solo alla legge). Si veda in tal senso DANIELE, M., 2019, *Ordine europeo di indagine e ritardata*

Nel caso di inadempimento degli ordini è imposto ad ogni Stato di prevedere sanzioni pecuniarie per i propri gestori; inoltre è previsto un potere di supplenza delle autorità giudiziarie dello Stato nazionale del *service provider* (opportunamente azionate da quelle dello Stato di emissione) ove lo stesso non ottemperi all'ingiunzione. Se tale inottemperanza sia giustificata dal contrasto con norme relative alla sicurezza o alla difesa nazionale o ai diritti fondamentali dell'individuo, nel procedimento di esecuzione potranno essere coinvolte le autorità centrali dello Stato di appartenenza del gestore, individuate tramite gli ordinari canali di assistenza giudiziaria.

Nel caso infine in cui dall'esecuzione dell'ordine, imposta dallo Stato di residenza, derivi al gestore la violazione della normativa del Paese di incorporazione, ove ancora diverso, anche le autorità centrali di quest'ultimo, attivate secondo i meccanismi di cooperazione giudiziaria, potranno essere coinvolte nella procedura: ciò costituirà uno stimolo virtuoso per incoraggiare anche altri Stati, avanzati sul piano economico ed informatico ma arretrato su quello dei diritti, a prevedere livelli di tutela di questi ultimi di livello analogo a quello previsto dall'Unione.

Il tutto secondo un bilanciamento di interessi fra inseguimento del progresso tecnologico ed arroccamento sulla difesa dei diritti fondamentali dell'individuo che costituisce il portato della proposta di regolamento sugli ordini di produzione e conservazione delle prove digitali, ispirata al principio per cui la scienza è progresso solo se avanza in direzione delle libertà.

Bibliografia:

CARINGELLA, F., Manuale di diritto amministrativo, XII Edizione, DIKE Giuridica Editrice, 2018;

CERQUA, F., 2015, *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 1-12;

comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

DANIELE, M., 2019, *Ordine europeo di indagine e ritardata comunicazione alla difesa del decreto di riconoscimento: una censura della Cassazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*;

DI CHIARA, G., *Atipicità e sistemi probatori: linee per una fenomenologia generale*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 372-389;

FLOR, R., *Riservatezza informatica e sicurezza informatica quali nuovi beni giuridici penalmente protetti*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 463-481;

FROSINI, V., *La democrazia nel XXI secolo*, Macerata, 2010;

GIALUZ, M., DELLA TORRE, J., 2018, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5/18, pp. 277-294;

LUPARIA, L., *Computer crimes e procedimento penale*, in GARUTI, G., (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, in SPANGHER, G. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Vol. II, Tomo I, Torino, 2011;

LORENZETTO, E., *Le attività urgenti di investigazione informatica e telematica*, in LUPARIA, L., (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cyber crime*, Padova, 2009;

LUPARIA, L., *La disciplina processuale e le garanzie difensive*, in LUPARIA, L., ZICCARDI, G., *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano, 2007;

MAGGIO, P., *L'ascolto occulto delle conversazioni tra atipicità e illiceità probatoria*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 391-420;

MANGIARACINA, A., *Nuovi scenari nell'accesso transfrontaliero alla prova elettronica*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 421-440;

NEUMEIER, M. M., 2004, *Preservation orders: navigating an electronic mainfield*, in *Mealey's Litigation Report*, n. 1 #5, pp. 1-5;

PARLATO, L., *Le perquisizioni on line: un fenomeno sfuggente e in continua evoluzione*, in MILITELLO, V., SPENA, A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 441-462.

ADRIANA BLASCO

La sentenza nr. 40 del 23 gennaio 2019 della Corte Costituzionale: effetti sul giudicato, sorte delle sentenze di patteggiamento e limiti fisiologici al potere attribuito al Pubblico Ministero in sede di riformulazione dell'accordo ex articolo 188 disposizioni di attuazione al c.p.p.

1. Premessa

La Corte Costituzionale con sentenza nr. 40 del 23-01-2019, depositata il 8-3-2019 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del **13-03-2019**, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 73 comma 1 del decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309 - recante il *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza* pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Suppl. Ordinario del 15-3-2006 [di seguito d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309] - nella parte in cui per i fatti non di lieve entità aventi ad oggetto le cosiddette droghe pesanti prevedeva come minimo edittale della pena quello di anni 8 di reclusione, a cui, per effetto dell'intervento demolitorio della Corte, dovrà sostituirsi quindi quello dei sei anni di reclusione.

Quello reso con la sentenza nr. 40/2019 non è il primo intervento demolitorio della Corte Costituzionale sul Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope.

Ed infatti, sulle disposizioni del d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 era intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza del 12-02-2014 nr. 32, depositata il 25-2-2014 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 5-3-2014, che aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4 *bis* e 4 *vicies ter* comma 2 lettera a) e comma 3 lettera a) nr. 6) del decreto legge 30 dicembre 2005 nr. 272 - recante *Misure urgenti per garantire la sicurezza delle Olimpiadi invernali nonché Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti e Modifiche al Testo Unico in materia di Sostanze Stupefacenti e Psicotrope*, convertito con modifiche dall'articolo 1 comma 1 della legge 21 febbraio 2006, nr. 49 [cosiddetta legge Fini-Giovanardi] - che avevano modificato le pene previste nell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, nel testo originariamente licenziato con la novella del '90 [cosiddetta legge Jervolino-Vassalli], con il conseguente effetto di riviviscenza

dell'originaria disciplina sanzionatoria prevista (e delle relative tabelle) nella formulazione antecedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate. La dichiarazione di incostituzionalità del tempo ebbe, conseguentemente, a travolgere il superamento della distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti, introdotto dalla cosiddetta legge Fini-Giovanardi e la loro unificazione dal punto di vista sanzionatorio, determinando la riespansione delle cornici edittali previgenti, così come originariamente introdotte dalla legge Iervolino-Vassalli.

2. Comparazione tra le vecchie e le nuove disposizioni

Appare utile, in via preliminare, effettuare una comparazione tra le vecchie e le nuove disposizioni e, soprattutto, analizzare il quadro normativo antecedente la sentenza della Corte Costituzionale nr. 40 del 23-01-2019.

L'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 - nel testo licenziato con la novella del '90 [cosiddetta legge Jervolino-Vassalli], quindi precedente alle modifiche apportate dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49 [cosiddetta legge Fini-Giovanardi] – era sostanzialmente fondato su due bipartizioni [a) droghe pesanti/droghe leggere; b) fatti di lieve entità/fatti non lievi] e prevedeva un trattamento sanzionatorio più mite [rispetto a quello caducato per effetto della sentenza della Corte Costituzionale del 25-2-2014 nr. 32] per gli illeciti concernenti le cosiddette droghe leggere [puniti con la pena della reclusione da 2 a 6 anni anziché con la pena della reclusione da 8 a 20 anni], mentre stabiliva sanzioni più severe per i reati concernenti le cosiddette droghe pesanti [puniti con la pena della reclusione da 8 a 20 anni, anziché con la pena della reclusione da 2 a 6 anni].

La stessa distinzione tra droghe “pesanti” e “leggere” era riproposta anche per i fatti di lieve entità, in relazione ai quali il comma 5 del medesimo articolo 73 stabiliva un'attenuante ad effetto speciale cosiddetta autonoma o indipendente, che puniva con la reclusione da uno a sei anni i fatti concernenti le droghe “pesanti” e da sei mesi a quattro anni quelli relativi alle droghe “leggere”, oltre alle rispettive sanzioni pecuniarie.¹

¹ L'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 - nel testo licenziato con la novella del '90 [c.d. legge Jervolino-Vassalli] così recitava:

1. Chiunque senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede o riceve, a qualsiasi titolo, distribuisce, commercia, acquista, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo o comunque illecitamente detiene, fuori dalle ipotesi previste dall'articolo 75 e 76, sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14,

Sull'originario testo dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 è intervenuta la modifica resa con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49 [cosiddetta legge Fini-Giovanardi], oggetto della censura di illegittimità costituzionale resa con la sentenza nr. 32/2014. In definitiva, con le nuove disposizioni era stata soppressa, sia per i fatti lievi che per quelli non lievi, la distinzione fondata sul tipo di sostanza stupefacente [leggere o pesanti che fossero] ed era stata prevista una pena unica [la reclusione da sei a venti anni oltre la multa] per i fatti non lievi, nonché la pena unica [reclusione da uno a sei anni oltre la multa] per i casi in cui fosse applicabile l'attenuante del fatto di lieve entità.²

è punito con la reclusione da otto a venti anni e con la multa da euro 25.822 (lire cinquanta milioni) a euro 258.228 (lire cinquecento milioni).

2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nel comma 1, è punito con la reclusione da otto a ventidue anni e con la multa da euro 25.822 (lire cinquanta milioni) a euro 309.874 (lire seicento milioni).

3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.

4. Se taluno dei fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 riguarda sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dall'articolo 14, si applicano la reclusione da due a sei anni e la multa da euro 5.164 (lire dieci milioni) a euro 77.468 (lire centocinquanta milioni).

5. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 2.582 (lire cinque milioni) a euro 25.822 (lire cinquanta milioni) se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, ovvero le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 (lire due milioni) a euro 10.329 (lire venti milioni) se si tratta di sostanze di cui alle tabelle II e IV.

6. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

² L'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 - nel testo successivo alle modifiche apportate dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49 – così recitava:

1. Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.

1-bis. Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene:

a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;

b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà.

2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a ventidue anni e con la multa da euro 26.000 a euro 300.000.

A seguire, con plurimi interventi normativi – anteriori e successivi alla sentenza nr. 32 del 2014 – il legislatore ha ridisegnato il regime sanzionatorio anche dell'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità compendiato nel testo dell'articolo 73 comma 5 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, dapprima con il D.L. 23 dicembre 2013 nr. 146, convertito nella L. **21 febbraio 2014 n. 10**, che ne ha modificato la previsione riducendo il massimo edittale della pena detentiva, prevedendo un trattamento sanzionatorio unitario per i fatti di lieve entità, indipendentemente dalla qualità delle sostanze oggetto della condotta incriminata e configurando la fattispecie come ipotesi **autonoma di reato**, con la conseguenza - per nulla marginale - che il blando quadro edittale ivi previsto non poteva più essere eliso (con conseguente ritorno al ben più severo quadro edittale previsto per il reato-base) nel caso, assai frequente, di concorso con l'aggravante della recidiva, e con l'ulteriore conseguenza di una notevole riduzione del termine della prescrizione, da calcolarsi ora in sei anni (anziché in venti), ai sensi dell'art. 157 co. 1 c.p.³

L'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità è stata ulteriormente modificata per effetto del D.L. 20 marzo 2014 nr. 36 (pubblicato sulla GU del 21-3-2014 nr. 67) coordinato con le modifiche

2-bis. Le pene di cui al comma 2 si applicano anche nel caso di illecita produzione o commercializzazione delle sostanze chimiche di base e dei precursori di cui alle categorie 1, 2 e 3 dell'allegato I al presente testo unico, utilizzabili nella produzione clandestina delle sostanze stupefacenti o psicotrope previste nelle tabelle di cui all'articolo 14.

3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.

4. Quando le condotte di cui al comma 1 riguardano i medicinali ricompresi nella tabella II, sezioni A, B e C, di cui all'articolo 14 e non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 17, si applicano le pene ivi stabilite, diminuite da un terzo alla metà.

5. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000.

5-bis. *Omissis*

6. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata.

7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.

³ Si rammenta che, l'art. 73 co. 5, nella versione della legge Fini Giovanardi (d.l. 272/ 2005, conv. l. 49/2006), in vigore fino al 23 dicembre 2013, data della pubblicazione in G.U. del d.l. 146/2013, il fatto di lieve entità - che si configurava come una circostanza attenuante del reato di cui al co. 1 - era punito con la reclusione da 1 a 6 anni (oltre che con la multa da 3.000 a 26.000 euro).

Per effetto del D.L. 146/2013, l'art. 73 co. 5 è stato modificato nel modo che segue: <salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000,00 a euro 26.000,00>.

introdotte con la legge di conversione del 16 maggio 2014, n. 79 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 20-5-2014 nr. 115) che ha ulteriormente ridotto il trattamento sanzionatorio.⁴

Quindi con riguardo alle droghe c.d. leggere – a cui l'intervento reso con la sentenza nr. 32/2014 della Corte Costituzionale si riferiva – la disciplina sanzionatoria più favorevole (conseguente alla reviviscenza della normativa in vigore anteriormente a quella dichiarata incostituzionale) finiva con il divergere significativamente da quella introdotta nel 2006, atteso che la pena massima in vigore, per effetto della declaratoria di incostituzionalità del 2014, corrispondeva alla pena minima prevista dalle disposizioni caducate dal giudice delle leggi.

Ne consegue, che alla data dell'intervento reso con la sentenza nr. 32/2014 della Corte Costituzionale, la disciplina sanzionatoria penale delle sostanze stupefacenti compendiata nel d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, risultante dalla stratificazione di plurimi interventi normativi e giurisprudenziali, si è potuta ricostruire avendo riguardo:

- da un lato, agli esiti della sentenza della Corte Costituzionale nr. 32/2014;
- dall'altro, all'intervento correttivo ed integrativo del legislatore, principalmente realizzato dapprima con il D.L. 146/2013 convertito nella L. 10/2014 (che ha trasformato l'articolo 73 comma 5 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 in ipotesi autonoma) e poi con il D.L. 36/2014 convertito nella L. 79/2014 (che ha ulteriormente ridotto le pene per l'autonomo delitto dei fatti di lieve entità).

Consegue ulteriormente che la disciplina sanzionatoria penale delle sostanze stupefacenti compendiata nel d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 a far data dall'intervento reso con la sentenza nr. 32/2014 della Corte Costituzionale è stata così sintetizzabile distinguendo tra i <fatti illeciti non lievi> ed i <fatti illeciti lievi>:

- per i fatti non lievi, norma cardine del sistema sanzionatorio penale è divenuto l'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 il cui testo vigente è diventato, a far data dall'intervento reso con la sentenza nr. 32/2014 della Corte Costituzionale, quello derivante dalla declaratoria di incostituzionalità. Si è tornati a dover applicare le fattispecie incriminatrici contenute rispettivamente nei commi 1 e 4 dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 nel testo antecedente alle modifiche del 2006, avendo interesse rispettivamente ai fatti riguardanti le droghe pesanti

⁴ Per effetto del D.L. nr. 36/2014, l'art. 73 co. 5 è stato modificato nel modo che segue: <salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329,00>.

[tabelle I e III per le quali si applica la reclusione da 8 a 20 anni e la multa da €. 25.822,00 a €. 258.228] ed a quelli relativi alle droghe leggere [tabelle II e IV per le quali si applicano le sanzioni della reclusione da 2 a 6 anni e della multa da €. 5.164,00 a €. 77.468,00]. Ne è conseguito, per le droghe pesanti, che il ritorno alla precedente disciplina del 1990 si è risolto in un aggravamento sanzionatorio quanto alla pena della reclusione. In entrambi i casi, il nuovo regime sanzionatorio ha posto ovviamente un problema di sanzioni applicabili ai fatti commessi sotto la vigenza della precedente disciplina, che è stato risolto secondo le regole dettate dall'articolo 2 c. 4 del codice penale;

- per i fatti lievi, di cui all'articolo 73 comma 5 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, rispetto ai quali non si distingue tra droghe pesanti e droghe leggere, la relativa disciplina è ora rinvenibile nella modifica da ultima introdotta con il D.L. 36/2014 convertito nella L. 79/2014 che prevede la pena della reclusione da 6 mesi a 4 anni e della multa da €. 1.032,00 a €. 10.329,00 (così ulteriormente ridotta rispetto a quella introdotta con il D.L. 36/2014). Ne consegue, che è l'attuale più favorevole disciplina che deve trovare applicazione ai sensi dell'articolo 2 comma 4 del codice penale anche per i fatti commessi sotto il vigore della previgente disciplina.

3. L'intervento della corte costituzionale compendiato nella sentenza nr. 40/2019

Alla luce dell'*excursus* storico-legislativo sopra riportato, risulta evidente che - per effetto della sentenza della Corte Costituzionale nr. 32/2014 - per le droghe cosiddette pesanti il ritorno alla previgente disciplina, nel testo originariamente licenziato con la novella del '90 [cosiddetta legge Jervolino-Vassalli], si è risolto in un aggravamento sanzionatorio quanto alla pena della reclusione, che peraltro ha impedito al condannato l'accesso all'affidamento in prova *ex* articolo 94 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 la cui misura massima è rimasta fissata in anni 6 di reclusione. In ogni caso, il nuovo regime sanzionatorio ha posto ovviamente un problema di sanzioni applicabili ai fatti commessi sotto la vigenza della precedente disciplina, che - come si diceva - è stato risolto secondo le regole dettate dall'articolo 2 comma 4 del codice penale.

In presenza del sopra descritto quadro normativo, la Corte d'appello di Trieste ha sollevato questione di legittimità costituzionale - per contrasto con gli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione - dell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, nel testo conseguente alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale, per effetto della quale è stata determinata la reviviscenza della vecchia normativa [antecedente all'entrata in vigore dell'articolo 4-*bis* del decreto-legge 30

dicembre 2005, n. 272, convertito in Legge 2006 nr. 49 (oggetto della censura di illegittimità costituzionale)], la quale prevedeva la pena minima edittale in otto anni anziché in quella di sei anni di reclusione.

L'incidente di costituzionalità proposto dalla Corte d'appello di Trieste è l'ultimo di una serie di progressi rilievi di costituzionalità,⁵ che – tuttavia - non avevano trovato, sino ad ora, avallo alcuno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, quantomeno fino a quando – sulla medesima questione – la Corte era stata investita dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Rovereto.⁶

In quella circostanza la Corte⁷ - pur dichiarando la questione proposta ancora una volta inammissibile – non aveva perduto l'occasione per formulare un monito al legislatore, evidenziando come la divaricazione venutasi a creare tra il minimo edittale di pena previsto dal primo comma dell'articolo 73 comma 1 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 ed il minimo edittale della pena previsto dal comma 5 del medesimo articolo avesse raggiunto <una ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria rimediabile con plurime opzioni legislative>.

Opzioni che – a distanza di anni da quella sentenza – il Parlamento, come è noto, non ha inteso intraprendere; sicché – a fronte del perdurante silenzio del legislatore – come era prevedibile la Corte si è trovata, questa volta, a dover intraprendere <<un <sentiero inedito> per <risanare la frattura> tra cornici edittali che la Consulta, sin dalla sentenza nr. 79/2017, aveva comunque denunciato come incoerenti con il <principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio>>.⁸

La vicenda da cui – per l'appunto - ha tratto origine l'incidente di costituzionalità proposto dalla Corte d'appello di Trieste è la seguente.

Nel corso del giudizio di primo grado un soggetto era stato condannato per la detenzione di circa cento grammi di cocaina, occultati all'interno di tre condensatori per *computer*, contenuti in un pacco proveniente dall'Argentina. La Corte d'appello di Trieste, ritenuta corretta la sussunzione del fatto operata dal giudice di prime cure nell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 in ragione di una serie di elementi fattuali [nella specie: a) il notevole grado di

⁵ Nella specie, ci si riferisce alle sentenze della Corte Costituzionale n. 23 e 148 del 2016 e all'ordinanza n. 184 del 2017

⁶ Trattasi dell'ordinanza del GUP Rovereto, del 21-1-2016.

⁷ Nella specie, ci si riferisce alla sentenza della Corte Costituzionale n. 179 del 2017.

⁸ Così Andrea Natale, *Quando la legalità costituzionale non può più attendere*, in *Questione Giustizia*

purezza della sostanza; b) la presumibile destinazione alla cessione a terzi; c) il rinvenimento nell'abitazione dell'allora imputato di una significativa quantità di denaro di dubbia provenienza; d) l'inserimento di quest'ultimo in traffici di stupefacenti di carattere internazionale], tuttavia aveva ritenuto che la comminatoria edittale di otto anni di reclusione nel minimo, applicabile al caso oggetto della sua valutazione, dovesse ritenersi manifestamente eccessiva rispetto alla condotta concreta commessa dall'allora imputato, che – a giudizio della Corte - appariva piuttosto situarsi al confine rispetto ai fatti inquadrabili nella fattispecie di lieve entità prevista dal quinto comma, che invece era [ed è] punita in modo sensibilmente inferiore. E l'ingente differenza sanzionatoria tra le due fattispecie (pari a ben quattro anni di reclusione) risultava segnatamente problematica perché, da un lato, costituiva una conseguenza della declaratoria di incostituzionalità pronunciata con la sentenza n. 32 del 2014; dall'altro, in casi "di confine", incrementava le prassi giudiziari tese ad operare "forzature interpretative" volte ad ampliare l'ambito applicativo delle ipotesi di lieve entità di cui al comma quinto dell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309.

Da ciò il sospetto contrasto del minimo edittale previsto dal primo comma dell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 rispetto ad una serie di parametri costituzionali:

- l'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, *sub specie* di principio di riserva di legge in materia penale, in ragione della violazione, ad opera della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, del monopolio esclusivo del legislatore sugli interventi volti a inasprire le sanzioni penali;

- l'articolo 3 della Costituzione, *sub specie* di principio di ragionevolezza, giacché la pena prevista dal vigente primo comma dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 sarebbe troppo (e quindi irragionevolmente) distante dalla pena prevista dal comma quinto, che punisce la fattispecie di lieve entità, intercorrendo così - a fronte di fattispecie "naturalisticamente" vicine - una distanza sanzionatoria di ben quattro anni di reclusione tra il minimo dell'una e il massimo dell'altra "anche tenuto conto della sussistenza nell'ordinamento di ulteriori norme, quale può essere la disposizione punitiva del fatto di lieve entità (articolo 73, comma 5, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309) o quella riguardante le droghe "leggere" (articolo 73, comma 4, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309), che possono offrire la grandezza predefinita che consente alla Corte costituzionale di rimediare all'irragionevole commisurazione della pena";

- il combinato disposto degli articoli 3 e 27 della Costituzione, giacché la previsione di una pena sproporzionata rispetto a quella prevista per il massimo della corrispondente fattispecie di lieve entità impedisce al giudice di adeguare la sanzione alle circostanze del fatto e al reo di comprendere, con piena consapevolezza, il disvalore del proprio comportamento.

A fronte di tali censure - reputata innanzitutto inammissibile la questione sollevata in riferimento all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione (sul rilievo che porre in discussione la dichiarazione di incostituzionalità pronunciata con la sentenza n. 32 del 2014 avrebbe costituito un "improprio tentativo di impugnazione") - la Corte ha ritenuto invece fondate le censure formulate dal giudice rimettente in relazione agli articoli 3 e 27 della Costituzione, considerati congiuntamente, superando così i precedenti arresti in senso contrario in cui - come si diceva - la Corte aveva ritenuto *inammissibili* analoghe questioni a quella ora sottoposte alla sua attenzione, sul rilievo che la determinazione della cornice edittale rientrasse in una sfera di discrezionalità legislativa che in assenza di <soluzioni a rime costituzionalmente obbligate> non avrebbe potuto essere incisa nemmeno dalla Consulta.⁹

Una volta affermata la possibilità del proprio sindacato sul *quantum* di pena stabilito dal legislatore, la Corte - dopo avere rimarcato il [vigente] divario sanzionatorio tra le fattispecie di lieve entità e quelle di non lieve entità, previste rispettivamente dal quinto e dal primo comma dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, e dopo aver rilevato come nella pratica applicativa siano incerti i confini tra le due fattispecie - ha osservato come tale incertezza applicativa rendesse non più <giustificabile l'ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve>, così da condizionare inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto (ritenuta doverosa in conformità a quanto statuito dalla Corte di Cassazione a sezioni unite)¹⁰ e con il rischio <di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte>; da ciò derivandone, pertanto, la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza *ex* articolo 3 della Costituzione e del principio di rieducazione della pena *ex* articolo 27 della Costituzione.

⁹ Nella specie sentenze n. 179 del 2017, n. 148 e n. 23 del 2016; ordinanza n. 184 del 2017

¹⁰ Così Corte di Cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 settembre - 9 novembre 2018, n. 51063

Dunque, la Corte ha rivolto la propria attenzione al quesito logicamente successivo teso ad individuare un diverso minimo edittale di pena, applicabile ai fatti incriminati dal primo comma dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, che fosse idoneo a rappresentare una misura sanzionatoria adeguata per i fatti "di confine" ed ha fatto quindi richiamo ai criteri da ultimo elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'individuazione della nuova misura della pena può non essere una soluzione "costituzionalmente obbligata", ma deve essere ricavabile da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento e deve rispettare la logica della disciplina prevista dal legislatore.

La Corte ha, quindi, evidenziato come la pena di sei anni di reclusione sia stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti "di confine" e più precisamente:

- innanzitutto quale pena minima per i fatti non lievi stabilita dalla legge Fini-Giovanardi, dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014;

- quale pena massima attualmente in vigore per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le c.d. droghe leggere;

- quale pena massima per i fatti di lieve entità concernenti le c.d. droghe pesanti vigente il d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309;

- quale pena massima per i fatti di lieve entità concernenti le c.d. droghe pesanti vigente la legge Fini-Giovanardi.

Dunque ha concluso nel senso che dovesse ritenersi idonea a sostituirsi a quella di otto anni dichiarata illegittima la diversa pena di anni sei di reclusione, rimettendo al legislatore il compito di riconsiderare i quadri sanzionatori previsti dal settore normativo che disciplina i delitti in materia di stupefacenti, purché nel rispetto del principio di proporzionalità.

4. Gli effetti sul giudicato

Resta quindi da affrontare il tema degli effetti della decisione in questione in sede esecutiva e ciò in quanto l'intervento della Corte Costituzionale ha innegabilmente effetti anche sul giudicato, perché pone conseguentemente la questione della legittimità della perdurante esecuzione di una pena divenuta incostituzionale, perché fondata su una norma dichiarata incostituzionale nella sola parte della sanzione.

La questione non può che essere adeguatamente collocata, e risolta, se non alla luce dei principi espressi dalla stessa Corte Costituzionale sulla diversa tematica del trattamento sanzionatorio per i delitti puniti con l'ergastolo e giudicati con rito abbreviato.

In quella circostanza, la Corte Costituzionale con sentenza del 3 luglio 2013, nr. 210 (*Gallo, Lattanzi*) aveva ritenuto praticabile l'intervento del giudice dell'esecuzione nell'ipotesi in cui il giudice nazionale dovesse conformarsi alle disposizioni espresse dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella nota sentenza cosiddetta *Scoppola*, e dunque dovesse rideterminare la pena per i condannati all'ergastolo, anche se costoro non avevano fatto ricorso alla Corte di Strasburgo. La Corte, in quella pronuncia, ha affrontato molti nodi problematici sullo sfondo della delicatissima questione dei rapporti tra giudicato e violazione dei diritti fondamentali accertati dalla Corte di Strasburgo e la qualificazione di tali sentenze ai fini del riconoscimento degli effetti delle medesime oltre il caso esaminato e, in epoca successiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza cosiddetta *Ercolano*¹¹ si sono conformate all'orientamento della Corte Costituzionale, ammettendo che l'ordinamento nazionale debba prevedere ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato nei casi in cui sul valore del giudicato siano prevalenti opposti valori di pari dignità costituzionale, conseguentemente concludendo nel senso che il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e preganti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona.

In tale prospettiva ermeneutica <lo scoglio del giudicato, rivelatosi *ex post* intrinsecamente illegittimo nella parte relativa alla esecuzione della pena irrogata, perché ...costituzionalmente illegittima>, pone <l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti dell'esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere alla più alta valenza fondativa dello statuto della pena, la cui legittimità può essere assicurata anche in *executivis*>.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹² quindi – sul presupposto che l'accoglimento della questione deve essere effetto di un'operazione meramente ricognitiva che non deve richiedere la riapertura del processo - hanno individuato lo strumento processuale attraverso il quale riportare alla legalità l'esecuzione della pena nell'incidente di esecuzione, atteso che pur non trattandosi di un'ipotesi di *abrogatio criminis* espressamente prevista dall'articolo 673 c.p.p., nondimeno

¹¹ Così sezioni unite della Corte di Cassazione, sentenza nr. 18821 del 24-10-2013, ric. *Ercolano*, RV 258649-258651

¹² Così sezioni unite della Corte di Cassazione, sentenza nr. 18821 del 24-10-2013, ric. *Ercolano*, RV 258649-258651

l'articolo 30 commi 3 e 4 della legge 87/1953, espressamente prevede che <le norme dichiarate incostituzionali non possono trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione e che quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali>.

Il dettato della norma consente dunque di impedire che sia data esecuzione anche solo alla parte di pena conseguente ad una norma penale dichiarata incostituzionale, giacché l'eliminazione di questa parte di pena risponde ad esigenze di giustizia.¹³

È dunque possibile che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice - ma che incida sul trattamento sanzionatorio - comporti una rideterminazione della pena in sede di esecuzione vincendo la preclusione del giudicato [così da ultimo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione in data 29 maggio 2014, nr. 42858 cosiddetta *Gatto*],¹⁴ a condizione che la pena non sia stata espiata e che il reato sia stato consumato (e conseguentemente giudicato con sentenza), in epoca antecedente la pronuncia della Corte Costituzionale [che nella specie è stata resa il 23-01-2019 e depositata il 8-3-2019], perché altrimenti ne conseguirebbe l'inammissibilità dell'istanza.

La prima condizione - che quindi discende dalla sentenza cosiddetta *Gatto* - è che la situazione processuale non sia ancora esaurita e che, quindi, la pena non sia stata espiata.

¹³ Così Cassazione, sez. 6, sentenza nr. 21982 del 16/05/2013 dep. 22/05/2013 Rv. 255674 – 01: <Nel giudizio di cassazione è rilevabile di ufficio, anche in caso di inammissibilità del ricorso, la nullità sopravvenuta della sentenza impugnata nel punto relativo alla determinazione del trattamento sanzionatorio in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma attinente alla determinazione della pena. (Fattispecie in cui il giudice di merito aveva negato la prevalenza dell'attenuante prevista dall'art. 73, comma quinto, d.P.R. n. 309 del 1990 sulla recidiva reiterata, in applicazione dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte poi dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost. sent. n. 251 del 2012)>.

¹⁴ In realtà la Corte si è pronunciata sulla nota questione degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale 251/2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 69 c. 4 c.p. nella parte in cui vietava di valutare prevalente la circostanza attenuante dell'art. 73 c. 5 d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99 c. 4 c.p., affermando che il GE - ai sensi dell'art. 666 c. 1 c.p.p. ed in applicazione dell'art. 30 c. 4 L. cost. 11-3-1953 nr. 87 - può affermare la prevalenza della circostanza attenuante sempre che una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile. Ma chiaramente i principi ivi espressi chiariscono il corretto approccio interpretativo che deve tenersi rispetto alla sentenze definitive pronunziate nella vigenza della legge Fini-Giovanardi (legge 49/2006), dopo la rivoluzione normativa che ha caratterizzato la disciplina degli stupefacenti, dopo la sentenza della Corte Costituzionale nr. 32/2014, e segnatamente allorquando si verta in ipotesi di sentenze di condanna definitive per reato di cui all'art. 73 d.P.R. 309/1990 relative a droghe leggere, aventi ad oggetto un trattamento sanzionatorio successivamente divenuto incostituzionale con conseguente esecuzione di una pena illegale. In definitiva, il tema della vulnerabilità del giudicato si pone allora nella *subiecta* materia anche al di là della specifica materia affrontata dalla Corte, con la conseguenza che il giudicato può e deve essere vulnerato nel caso in cui ricorrano le condizioni per l'applicabilità retroattiva della disciplina più favorevole introdotta dalla declaratoria di incostituzionalità.

A questo riguardo, infatti, la Corte ha puntualizzato i casi in cui si ha a che fare con una situazione esauritasi e come tale ormai immodificabile e impermeabile, anche agli effetti dell'eventuale declaratoria di incostituzionalità. L'esecuzione della pena, infatti, implica l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e che si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Quindi, sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima devono essere rimossi. Ciò significa, l'impraticabilità di un intervento correttivo sul giudicato, per carenza anche di interesse, nel caso in cui il condannato abbia ormai scontato la pena.

Proprio richiamando i principi di detta sentenza, di recente la Cassazione¹⁵ ha annullato con rinvio la sentenza di un giudice di merito che – chiamato a giudicare in sede di rinvio dopo un annullamento della Corte di Cassazione limitato all'apprezzamento circa la sussistenza dell'aggravante della ingente quantità in una vicenda in cui l'illecito riguardava droghe leggere - aveva ritenuto di non poter fare applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio introdotto per le sostanze leggere dalla sentenza nr. 32/2014 della Corte Costituzionale, sul rilievo che sulla questione si era formato il giudicato e, quindi, in ossequio al principio del cosiddetto giudicato progressivo di cui all'articolo 624 c.p.p.

La seconda condizione - che discende dalla sentenza cosiddetta *Gatto* - è che la condanna sia stata comminata nella vigenza della legge dichiarata incostituzionale.

Ed infatti, la norma affetta da un radicale vizio del procedimento legislativo, quale è stata valutata quella incriminatrice di cui al modificato articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, non solo cessa di avere efficacia (*ex* articolo 136, primo comma, della Costituzione), ma perde anche l'idoneità ad abrogare la disciplina precedente, che rivive, di talché deve ritenersi applicabile la normativa più favorevole, e conseguentemente valutarsi non più legittima la determinazione della sanzione operata nel caso concreto con riferimento alla sanzione prevista dalla norma incostituzionale.¹⁶

¹⁵ Cassazione, sez. II, sentenza del 18 luglio 2014, imp. *RAMON*

¹⁶ Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 33040 del 26/02/2015 Cc. (dep.28/07/2015) Rv. 264207: <È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità>.

L'evidenziato mutamento della forbice edittale applicabile comporta l'assoluta necessità di una rimodulazione del trattamento sanzionatorio complessivo, nella considerazione che il giudice, nel determinare la pena, normalmente valuta sia il limite minimo che quello massimo; con la conseguenza che, mutato il parametro di riferimento, il giudice del merito deve inderogabilmente esercitare il potere discrezionale conferitogli dagli articoli 132 e 133 del codice penale.¹⁷

D'altra parte non può non rilevarsi come la stessa Corte Costituzionale ha da sempre evidenziato come i due istituti dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi «si muovano su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse». La norma abrogata a seguito di una legge successiva resta pienamente valida fino all'entrata in vigore della norma abrogante, mentre in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale la norma colpita viene eliminata con effetto *ex tunc* dall'ordinamento, rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici, con conseguenze assimilabili a quelle dell'annullamento e con incidenza sulle situazioni pregresse, fatto salvo il limite del giudicato.¹⁸ In questo senso, l'illegalità sopravvenuta, cui si riferiscono alcune sentenze, deve intendersi nel senso che la declaratoria di incostituzionalità contenuta in sentenza "sopravviene" rispetto ai fatti, rilevando tuttavia un vizio che è originario.

In particolare, è stato precisato come la declaratoria di illegittimità costituzionale «determinando la cessazione di efficacia delle norme che ne sono oggetto, impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, dell'illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pure se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte».¹⁹

¹⁷ In questo senso: Sez. 6, n. 15157 del 20/03/2014, La Rosa, Rv. 259253; Sez. 6, n. 14984 del 05/03/2014, Costanzo, Rv. 259355; Sez. 6, n. 14995 del 26/03/2014, Lampugnano, Rv. 259359; Sez. 4, n. 21064 del 14/05/2014, Napoli, Rv. 259382; Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Amato, Rv. 259396; Sez. 3, n. 26340 del 25/03/2014, Di Maggio, Rv. 260058; Sez. 6, n. 39924 del 23/09/2014, Grisorio, Rv. 260711; Sez. 6, n. 21609 del 04/04/2014, Poggi; Sez. 6, n. 21614 del 29/04/2014, Corino; Sez. IV, n. 22282 del 06/05/2014, Guarnieri; Sez. 6, n. 22283 del 06/05/2014, Bishataj; Sez. 6, n. 23009 del 20/03/2014, Reynoso; Sez. 4, n. 27621 del 28/05/2014, Agnello; Sez. 4, n. 49704 del 04/11/2014, El Wali; Sez. 4, n. 49727 del 06/11/2014, Forzanti.

¹⁸ Così Corte Costituzionale, sentenza n. 127 del 1966.

¹⁹ Così Corte Costituzionale, sentenza n. 49 del 1970; n. 139 del 1984.

Appare evidente che la norma dichiarata incostituzionale deve essere considerata "come mai esistita", con la conseguenza di dover escludere il fenomeno della successione di leggi nel tempo, presupposto per l'applicazione dell'articolo 2 del codice penale.

Del resto anche le Sezioni Unite hanno, recentemente, ribadito la necessità di distinguere i fenomeni dell'abrogazione e della dichiarazione di illegittimità della legge, sottolineando come si pongano su piani diversi e come producano effetti diversi, integrando il primo un fenomeno fisiologico dell'ordinamento giuridico ed il secondo, invece, un evento di "patologia normativa", dal momento che, a differenza dell'effetto derivante dallo *ius superveniens*, inficia fin dall'origine la disposizione impugnata.²⁰

Se questi sono gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, ne deriva che - per i processi in corso per reati in materia di stupefacenti in cui si è fatta applicazione, per le droghe pesanti, della nuova cornice editale risultante dalla declaratoria di incostituzionalità resa con la precedente sentenza della Corte Costituzionale nr. 32/2014 - deve trovare applicazione proprio l'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 nella sua originaria formulazione, proprio in quanto la disciplina incostituzionale deve ritenersi "come mai esistita"; con l'ulteriore corollario, evidenziato dalla stessa giurisprudenza costituzionale citata, che è fatto divieto al giudice di assumere le norme incostituzionali per qualsiasi canone di valutazione, ivi compresa la valutazione giudiziale relativa alla commisurazione della pena in base a limiti edittali dichiarati incostituzionali.

5. La sorte delle sentenze di patteggiamento irrevocabili

Nell'esperienza pratica che si sta registrando negli Uffici giudiziari, le Procure della Repubblica presso i diversi Tribunali del territorio dello Stato [il tema non coinvolge gli Uffici della Procura Generale presso le varie Corti di Appello] si trovano, allo stato, significativamente travolte da istanze di rideterminazione della pena comminate con sentenze irrevocabili - oggetto di pregressi accordi processuali intervenuti ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. e fondati sulla preesistente cornice editale - che fondano sulla pretesa dei condannati tesa ad ottenere che venga fatta applicazione, vulnerando il giudicato, della disciplina di favore relativa alle droghe cosiddette pesanti di cui al comma 1 dell'articolo 73 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, nel testo che risulta dall'intervento della Corte Costituzionale.

²⁰ Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 42858 del 29/05/2014, *Gatto*, Rv. 260695.

In questa fase processuale – che si colloca a ridosso della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale nr. 40 del 2019 – le istanze risultano in gran parte formalmente ammissibili,²¹ risultando rispettate ambedue le condizioni poste dalla sentenza cosiddetta *Gatto* resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione in data 29 maggio 2014, nr. 42858, atteso che le pene di cui viene chiesta la rideterminazione non risultano ancora espiate ed i reati risultano essere stati consumati (e giudicati) in epoca antecedente la pronuncia della Corte Costituzionale [che nella specie è stata resa il 23-1-2019]; con la conseguenza che la pena determinata in sede di pregressi accordi processuali, di cui si chiede la rideterminazione, risulta essere stata comminata nella vigenza della legge dichiarata incostituzionale.

Nondimeno, molte istanze²² - per quanto formalmente ammissibili – si sono esposte al diniego del Pubblico Ministero alla prestazione del consenso, non risultando – a giudizio di chi scrive – giuridicamente sostenibile la tesi secondo cui, soprattutto in presenza di fatti qualificati come gravi – i quali certamente non si collocano nella cosiddetta <zona grigia> ai quali si riferisce l'intervento della Corte Costituzionale -, la rideterminazione della pena in senso più favorevole al condannato sia un'operazione che discende in modo automatico dalla sentenza della Corte, con la conseguente pretesa, da parte dei condannati, ad un abbattimento pressoché automatico, in sede esecutiva, di tutte le pene in misura 'secca' di due anni.

Al contrario, chi scrive ritiene che il Pubblico Ministero - chiamato a rinegoziare pregressi accordi processuali intervenuti ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. e fondati sulla preesistente cornice edittale - debba vagliare attentamente il tenore della gravità del fatto-reato, collegandolo alla pena inflitta in concreto, e debba conseguentemente valutare se esista o meno proporzionalità tra questi due elementi e che, soltanto all'esito di questa rinnovata comparazione, debba valutare se la pena di cui si chiede la rideterminazione sia congrua o meno e rispetti o meno il principio di proporzionalità fissato dalla Corte Costituzionale.

L'interpretazione di chi scrive poggia sul tessuto delle motivazioni rese dalla Corte Costituzionale con la sentenza nr. 40 del 2019.

La Corte, infatti, se per un verso ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 73 comma 1 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 - nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura minima di otto anni anziché di sei anni – al contempo ha evidenziato che

²¹ Nell'esperienza pratica degli Uffici milanesi, ad esempio, non risultano allo stato pervenute istanze inammissibili

²² Chi scrive guarda, allo stato, all'esperienza pratica che si è registrata negli Uffici milanesi.

detta pronunzia, nella perdurante inerzia del legislatore, si è resa necessaria allo scopo di soddisfare il <principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990>, dal momento che <la divaricazione di ben quattro anni venutasi a creare tra il minimo edittale di pena previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 ed il massimo edittale della pena comminata dal comma 5 dello stesso articolo “ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria”>. Con la conseguenza che - se anche <il costante orientamento della Corte di cassazione è nel senso che la fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, può essere riconosciuta solo nella ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (*ex multis*, da ultimo, Corte di cassazione, sezione settima penale, ordinanza 24 gennaio-12 febbraio 2019, n. 6621; Corte di cassazione, sezione settima penale, ordinanza 20 dicembre 2018-24 gennaio 2019, n. 3350; Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 13 dicembre 2018-18 gennaio 2019, n. 2312)> - indubabilmente <molti casi si collocano in una “zona grigia”, al confine fra le due fattispecie di reato, il che rende non giustificabile l'ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve. L'ampiezza del divario sanzionatorio condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto (ritenuta doverosa da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 27 settembre-9 novembre 2018, n. 51063), con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte>.

In definitiva, a giudizio di chi scrive, la sentenza della Corte Costituzionale dovrebbe essere interpretata nel senso che la violazione del principio di proporzionalità, che è a fondamento della declaratoria di incostituzionalità, sia stata, nel giudizio della Corte medesima, denunciata, non già con riferimento a tutte le situazioni sussumibili nell'articolo 73 comma 1 d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309 [si da giustificare, in sede esecutiva, un abbattimento pressoché automatico di tutte le pene in misura di due anni], ma con riferimento unicamente a quelle situazioni di confine fra le due fattispecie di reato.

Ne consegue, ulteriormente, che soprattutto in presenza di fatti gravi – i quali certamente non si collocano nella cosiddetta <zona grigia> ai quali si riferisce l'intervento della Corte

Costituzionale - la rideterminazione della pena in senso più favorevole al condannato non è certamente un'operazione che discende in modo automatico dalla sentenza della Consulta, con la conseguente pretesa, da parte dei condannati, ad un abbattimento aritmetico, in sede esecutiva, di tutte le pene in misura 'secca' di due anni.

Fatta questa debita premessa, quali sono – a giudizio di chi scrive – gli elementi dei pregressi accordi processuali, intervenuti ai sensi dell'articolo 444 c.p.p. e fondati sulla preesistente cornice editale, che non sono in alcun modo suscettibili di essere oggetto di rivalutazione in sede di rinnovazione dell'accordo?

Quali, in altri termini, i limiti fisiologici dei poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione?

Il Pubblico Ministero e la difesa, in questa fase, trovano uno sbarramento processuale nella rivalutazione del fatto e nella sua ri-qualificazione: qualsivoglia siano gli elementi che hanno condizionato la valutazione del fatto-reato come di non lieve entità [che sia il quantitativo dello stupefacente; la condotta del reo, ove abbia conferito particolare disvalore penale al fatto; le modalità dell'azione, in ragione dei mezzi approntati per la consumazione del delitto (come ad esempio la disponibilità di locali appositamente adibiti alla preparazione delle dosi o di strumenti per il taglio dello stupefacente e per la preparazione delle dosi); la condizione di tossicodipendenza, e quindi il ricorso all'attività di spaccio quale strumento di finanziamento dei propri bisogni] e la sua collocazione nell'ipotesi di cui al comma 1 piuttosto che nell'ipotesi di cui al comma 5, in sede di riformulazione dell'accordo ai sensi dell'articolo 188 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. non potrà procedersi, in alcun modo, ad una rinnovata valutazione degli atti del giudizio, dovendosi il Pubblico Ministero e la difesa confrontarsi, in proposito, con le vincolanti valutazioni in sede di merito espresse dal giudice della cognizione nella sentenza che ha recepito il pregresso accordo processuale.

<È solo sulla pena, in sostanza, che il giudice dell'esecuzione, può e deve sviluppare in modo autonomo il proprio rinnovato apprezzamento valutativo>.²³ Su questo profilo, dottrina²⁴ e giurisprudenza, sono assestate su posizioni sostanzialmente granitiche.²⁵

²³ Così Giuseppe AMATO, *Pena sproporzionata non ha più funzione di tipo rieducativo*, in *Guida al diritto*, nr. 14, del 23-3-2019, pag. 61.

²⁴ Tra gli altri Giuseppe AMATO, *Pena sproporzionata non ha più funzione di tipo rieducativo*, in *Guida al diritto*, nr. 14, del 23-3-2019, pag. 61.

²⁵ Si veda Cassazione, sez. un., sentenza del 26-2-2009, *Rizzoli* e sez. un., sentenza del 29-5-2014, *Gatto*.

Tuttavia, a giudizio di chi scrive, l'affermazione secondo cui il giudice dell'esecuzione [ovvero le parti con le modalità di cui all'articolo 188 delle disposizioni di attuazione del c.p.p.] possono e devono <sviluppare in modo autonomo il proprio rinnovato apprezzamento valutativo> unicamente sulla pena, andrebbe riempita di contenuti più pregnanti.

Detto in altri termini, dal momento l'apprezzamento valutativo sulla pena – per quanto discrezionalmente vincolato dall'obbligo di adeguata motivazione (*ex* articolo 132 del codice penale) – è condizionato dalla valutazione degli elementi oggetto del potere discrezionale del giudice di cui all'articolo 133 del codice penale, quali di questi elementi potranno essere oggetto di un rinnovato apprezzamento valutativo? O diversamente deve ritenersi che solo ed esclusivamente la pena base possa essere oggetto di rivalutazione alla luce della nuova cornice edittale?

Chi scrive ritiene che, pur nell'impossibilità di procedere ad una rinnovata valutazione degli atti del giudizio, tutti quegli elementi che hanno concorso all'apprezzamento valutativo della pena [e non solo ed esclusivamente la pena base alla luce della nuova cornice edittale] possano essere oggetto di un rinnovato apprezzamento valutativo, e offre in valutazione l'esperienza pratica che muove dalla lettura di alcune sentenze di merito che hanno recepito pregressi accordi processuali formulati ai sensi dell'articolo 444 del c.p.p.²⁶

Dall'esperienza maturata nelle aule di giustizia è emerso dunque come – pur in presenza di fatti dal Giudice qualificati, con chiarezza, come <gravi> in ragione del quantitativo dello stupefacente, delle modalità dell'azione, stante i mezzi approntati per la consumazione del delitto [come ad esempio la disponibilità di locali appositamente adibiti alla preparazione delle dosi o di strumenti per il taglio dello stupefacente e per la preparazione delle dosi] o della condotta del reo, ove idonea a conferire particolare disvalore penale al fatto [esemplificatamente nei casi, non infrequenti, di soggetti arrestati nella flagranza del delitto commesso mentre il medesimo imputato si trovava in espiazione pena nelle forme della detenzione domiciliare in ragione di una pregressa condanna per delitto della medesima specie] – siano stati formulati, e recepiti in sentenza, accordi processuali *ex* articolo 444 c.p.p. in cui [esemplificatamente] circostanze attenuanti generiche sono state riconosciute prevalenti alla contestata recidiva *ex* articolo 99 comma 4 del codice penale, pur ostando al giudizio di prevalenza la disposizione dell'articolo 69 comma 4 del medesimo codice; ovvero in cui [sempre esemplificatamente], sebbene <ritenuta> la recidiva *ex* articolo 99 comma 4 del codice penale, si è ammesso ugualmente l'imputato al patteggiamento cosiddetto allargato, pur

²⁶ Chi scrive guarda, allo stato, all'esperienza pratica che si è registrata negli Uffici milanesi.

ostandovi la disposizione dell'articolo 444 comma 1 *bis* c.p.p., ovvero in cui [sempre esemplificatamente] circostanze attenuanti generiche sono state concesse e riconosciute equivalenti o addirittura prevalenti alla contestata recidiva *ex* articolo 99 del codice penale, senza motivazione ulteriore (se non la dichiarata esigenza di adeguare la pena al disvalore penale del fatto), e pur in presenza di condotte del reo, ritenute in sentenza, specificatamente idonee a conferire particolare disvalore penale al fatto [ad esempio, come si è registrato in uno dei casi sopra citati, di soggetti arrestati nella flagranza del delitto commesso mentre l'imputato medesimo si trovava in espiazione pena nelle forme della detenzione domiciliare in ragione di una pregressa condanna per delitto della medesima specie].

In tali casi, a giudizio di chi scrive, la rinnovazione – a norma dell'articolo 188 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. - del consenso *ex* articolo 444 c.p.p. negli stessi termini in cui venne originariamente formulato e con la sola rimodulazione della pena base alla luce della nuova cornice edittale, oltre a prestarsi a clamorose violazioni della legge penale e processuale [come nei casi - sopra citati - di violazione dell'articolo 69 comma 4 del codice penale e dell'articolo 444 comma 1 *bis* del c.p.p.], può in concreto risultare non conforme all'esercizio di quella discrezionalità vincolata a cui il giudice deve attenersi nella determinazione della pena, in ossequio ai parametri di cui all'articolo 132 e 133 del codice penale.

Detto in altri termini, se in presenza della preesistente cornice edittale – che a giudizio della Corte Costituzionale non rispettava il principio di proporzionalità – il Pubblico Ministero e la difesa sono pervenuti a formulare accordi processuali tesi, in ultima analisi, ad adeguare una pena [dichiarata illegale] al disvalore penale del fatto, anche facendo ricorso ad evidenti forzature di quella discrezionalità vincolata a cui il giudice deve attenersi nella determinazione della pena, in ossequio ai parametri di cui all'articolo 132 e 133 del codice penale,²⁷ la rinnovazione – *ex* articolo 188 delle disposizioni di attuazione del c.p.p. - del consenso negli stessi termini in cui venne originariamente formulato, non ricorrendo più l'esigenza di adeguare una pena [dichiarata illegale] al disvalore penale del fatto, non è forse una operazione che si presta a violare quei parametri a cui

²⁷ Ci si riferisce ai casi, sopra citati, in cui circostanze attenuanti generiche sono state concesse e riconosciute equivalenti o addirittura prevalenti alla contestata recidiva *ex* articolo 99 del codice penale, senza motivazione ulteriore (se non la dichiarata esigenza di adeguare la pena al disvalore penale del fatto), pur in presenza di condotte del reo specificatamente idonee a conferire particolare disvalore penale al fatto (ad esempio come si è registrato in uno dei casi sopra citati, di soggetti arrestati nella flagranza del delitto commesso mentre l'imputato si trovava in espiazione pena nelle forme della detenzione domiciliare in ragione di una pregressa condanna della medesima specie).

il giudice deve attenersi nella determinazione della pena, in ossequio agli articoli 132 e 133 del codice penale?

L'opzione interpretativa proposta da chi scrive – che ritiene che il Pubblico Ministero possa non adeguarsi pedissequamente ai precedenti accordi processuali - si ritiene conforme a quanto statuito nella giurisprudenza resa dalla Corte di Cassazione²⁸ anche sezioni unite.²⁹

La Corte di Cassazione, infatti - nel dare risposta al quesito sul se una pena determinata in riferimento ad una cornice edittale sostanzialmente mai esistita (in quanto contenuta in una norma dichiarata incostituzionale proprio nella sua parte sanzionatoria) possa considerarsi legale perché rientrante in una cornice edittale, quella ripristinata, che, tuttavia, sia espressione di una valutazione del legislatore del rapporto tra pena e offesa diverso da quello sotteso alla norma incostituzionale - ha affermato che <anche la pena applicata sulla base dell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309, nella versione modificata dalla novella del 2006, ma compresa entro la forbice edittale delle norme ripristinate dalla sentenza della Corte costituzionale è da considerare "illegale". Tuttavia, in questo caso si tratta di una illegalità particolare, non solo perché non attiene ad un errore materiale nella determinazione della quantità o del tipo di sanzione, ma perché ciò che è illegale non è la sanzione in sé, quanto l'intero procedimento di commisurazione giudiziale, che si è basato su criteri edittali incostituzionali e quindi mai esistiti, procedimento che ha portato, tra l'altro, all'applicazione di una pena in contrasto con il principio di proporzionalità e di colpevolezza>.³⁰

Ed infatti, l'evidenziato mutamento della forbice edittale applicabile comporta l'assoluta necessità di una rimodulazione del trattamento sanzionatorio complessivo, nella considerazione che

²⁸ In questo senso: Sez. 6, n. 15157 del 20/03/2014, La Rosa, Rv. 259253; Sez. 6, n. 14984 del 05/03/2014, Costanzo, Rv. 259355; Sez. 6, n. 14995 del 26/03/2014, Lampugnano, Rv. 259359; Sez. 4, n. 21064 del 14/05/2014, Napoli, Rv. 259382; Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Amato, Rv. 259396; Sez. 3, n. 26340 del 25/03/2014, Di Maggio, Rv. 260058; Sez. 6, n. 39924 del 23/09/2014, Grisorio, Rv. 260711; Sez. 6, n. 21609 del 04/04/2014, Poggi; Sez. 6, n. 21614 del 29/04/2014, Corino; Sez. IV, n. 22282 del 06/05/2014, Guarnieri; Sez. 6, n. 22283 del 06/05/2014, Bishataj; Sez. 6, n. 23009 del 20/03/2014, Reynoso; Sez. 4, n. 27621 del 28/05/2014, Agnello; Sez. 4, n. 49704 del 04/11/2014, El Wali; Sez. 4, n. 49727 del 06/11/2014, Forzanti.

²⁹ Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 33040 del 26/02/2015 Cc. (dep.28/07/2015) Rv. 264207: <È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità>.

³⁰ Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 33040 del 26/02/2015 Cc. (dep.28/07/2015) Rv. 264207: <È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità>.

il giudice, nel determinare la pena, normalmente valuta sia il limite minimo che quello massimo; con la conseguenza che, mutato il parametro di riferimento, il giudice del merito deve inderogabilmente esercitare il potere discrezionale conferitogli dagli articoli 132 e 133 del codice penale.³¹

Ora, posto che l'operazione di cui agli articoli 132 e 133 del codice penale – quella tesa alla commisurazione della pena - è frutto di una scelta che il giudice della cognizione compie, con discrezionalità guidata, in un ambito legislativamente definito tra il minimo e il massimo edittale è evidente che il profondo mutamento di "cornice" derivante dalla declaratoria di incostituzionalità rende necessaria, in sede esecutiva, una rivalutazione piena di tale aspetto che va compiuta tenendosi conto del "fatto" storico così come accertato in cognizione [che, stante la formazione del giudicato, non potrà essere più oggetto di rivalutazione] ma non anche dei termini matematici espressi da tale giudice (in rapporto alla scelta tra minimo e massimo edittale).

Con ciò si intende affermare che, se da un lato risulta doverosa ed obbligatoria, alla luce di quanto sopra, la rideterminazione in sede esecutiva della pena inflitta in rapporto ad una squilibrata (e costituzionalmente illegittima) cornice edittale, dall'altro non può escludersi che - con valutazione in concreto e rispettosa del "fatto accertato" - il giudice dell'esecuzione possa rivalutarne la valenza in rapporto ai "nuovi" e profondamente diversi parametri edittali, ovviamente dando conto (ex articoli 132 e 133 del codice penale) delle modalità di esercizio del potere commisurativo e tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio.

Dunque, la decisione emessa dal giudice dell'esecuzione - in ipotesi di accoglimento dell'istanza e di rideterminazione del trattamento sanzionatorio - assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo (la precedente decisione irrevocabile) solo in tale parte non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva (peraltro anch'essa ricorribile per Cassazione ai sensi dell'articolo 666 comma 6 c.p.p.) secondo uno schema procedimentale non estraneo al procedimento di esecuzione (si pensi a quanto previsto e regolamentato dall'articolo 671 c.p.p., norma che - a diverso fine - consente la modifica in

³¹ In questo senso: Sez. 6, n. 15157 del 20/03/2014, La Rosa, Rv. 259253; Sez. 6, n. 14984 del 05/03/2014, Costanzo, Rv. 259355; Sez. 6, n. 14995 del 26/03/2014, Lampugnano, Rv. 259359; Sez. 4, n. 21064 del 14/05/2014, Napoli, Rv. 259382; Sez. 3, n. 25176 del 21/05/2014, Amato, Rv. 259396; Sez. 3, n. 26340 del 25/03/2014, Di Maggio, Rv. 260058; Sez. 6, n. 39924 del 23/09/2014, Grisorio, Rv. 260711; Sez. 6, n. 21609 del 04/04/2014, Poggi; Sez. 6, n. 21614 del 29/04/2014, Corino; Sez. IV, n. 22282 del 06/05/2014, Guarnieri; Sez. 6, n. 22283 del 06/05/2014, Bishataj; Sez. 6, n. 23009 del 20/03/2014, Reynoso; Sez. 4, n. 27621 del 28/05/2014, Agnello; Sez. 4, n. 49704 del 04/11/2014, El Wali; Sez. 4, n. 49727 del 06/11/2014, Forzanti.

esecuzione dell'entità del trattamento sanzionatorio correlato a decisioni parimenti irrevocabili circa l'an della responsabilità).

Quindi in definitiva - inammissibile una rinnovata valutazione degli atti del giudizio e ferma restando l'intangibilità del giudicato con riferimento alla ricostruzione del <fatto storico> e alla valutazione della <gravità> del medesimo - tutti gli altri elementi che concorrono all'apprezzamento valutativo della pena secondo i parametri dettati dagli articoli 132 e 133 del codice penale, potranno essere oggetto, in sede esecutiva, di una rivalutazione piena, dal momento che è innegabile che la presenza di una cornice edittale significativamente aggravata nel minimo edittale [quella conseguente alla declaratoria di incostituzionalità resa con la sentenza nr. 32 del 2014], ha condizionato inevitabilmente la valutazione di detti elementi e [esemplificatamente] la valutazione in ordine alla sussistenza della recidiva, al riconoscimento delle eventuali circostanze generiche ed al giudizio di comparazione delle circostanze, dando luogo ad una irragionevole difformità applicativa di istituti che, nell'esperienza concreta maturata nella giurisprudenza di merito, sono stati forzati allo scopo di adeguare la pena al disvalore penale del fatto.

Alle stesse conclusioni deve pervenirsi in relazione alla pena applicata su richiesta delle parti, in quanto le peculiarità caratterizzanti la "individuazione" della sanzione in questo rito speciale non comportano deroghe ai principi suindicati, con la sola differenza che l'illegalità della pena nel "patteggiamento" pone un'altra questione, che è quella della validità dell'accordo sottostante.³²

Nella pacifica giurisprudenza della Corte di Cassazione (a parte i casi di mero errore matematico o di calcolo), l'illegalità della pena ha sempre implicato l'esclusione della validità dell'accordo concluso fra le parti del processo e ratificato dal giudice, derivando da ciò il corollario secondo cui anche la sentenza sarebbe inficiata, sicché il suo annullamento dovrebbe essere «senza rinvio in quanto le parti del processo potranno o meno rinegoziare l'accordo su altre basi e nel caso contrario [...] il procedimento dovrà proseguire con il rito ordinario».³³

³² Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 33040 del 26/02/2015 Cc. (dep.28/07/2015) Rv. 264207: «È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità».

³³ Così Cassazione, sez. I, sentenza n. 16766 del 07/04/2010, *Ndyae*, Rv. 246930

Non può essere dunque condivisa la tesi sostenuta da alcuni Autori,³⁴ sul tema dei provvedimenti adottabili dalla Cassazione, secondo cui la specificità dell'intervenuto mutamento sanzionatorio potrebbe consentire alla Corte di Cassazione di procedere *ex* articolo 620, comma 1, lettera l) c.p.p. a rideterminare la pena allorché il patteggiamento sia stato espressamente articolato, come pena base, avendo riguardo al precedente più grave limite edittale minimo della pena, e ciò sul rilievo secondo cui <in tal caso l'operazione da farsi per ricondurre la pena ad equità sarebbe meramente matematica, senza necessità di una rinnovata valutazione delle parti (compreso il Pubblico Ministero) in termini di convenienza processuale e del giudice (in termini di congruità della pena)>.

Nei casi di cui si occupa, il tema della validità dell'accordo *ex* articolo 444 c.p.p. si è posto a seguito di "fatti sopravvenuti" che hanno reso illegale una parte del suo oggetto.

A questo riguardo la Corte si è posta il problema sul se l'accordo (che abbia originariamente fatto riferimento, quanto al suo oggetto, ad una pena legale), resti o meno valido a seguito di un fatto sopravvenuto, quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale, che renda il suo oggetto non più, almeno in parte, legale, e - sul presupposto che il negozio processuale tra imputato e pubblico ministero è assimilabile a un rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive, al quesito in questione ha risposto nel senso che, proprio seguendo una prospettiva civilistica,³⁵ la lettura degli articoli 444 e seguenti c.p.p. deve essere improntata alla garanzia del trattamento premiale per l'imputato, sotteso all'istituto, e, dunque, alla tutela del suo interesse ad ottenere la più mite delle sanzioni, nell'ambito ovviamente di quella congruità che colui che ratifica l'accordo, ovvero il giudice, ha il compito di verificare e che nel caso in cui la mitigazione del trattamento sanzionatorio subentra come frutto dell'accertamento di una illegittimità costituzionale, non può ritenersi conforme alla concessione della facoltà di patteggiamento della sanzione una scelta interpretativa che opti per una cristallizzazione anteriore al giudicato dell'accordo negoziale, quanto meno se l'imputato manifesta la volontà di fruire del sopravvenuto quadro normativo, cioè di un trattamento che gli era stato negato da una norma incostituzionale.³⁶

³⁴ Così Giuseppe AMATO, *Pena sproporzionata non ha più funzione di tipo rieducativo*, in *Guida al diritto*, nr. 14, del 23-3-2019, pag. 55.

³⁵ Così Cassazione, sez. 3, sentenza n. 21259 del 03/04/2014, *Marku Irido*, Rv. 259384.

³⁶ Così Cassazione, sez. un., sentenza n. 33040 del 26/02/2015 Cc. (dep.28/07/2015) Rv. 264207: <È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette "leggere", sui limiti edittali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la

In definitiva, l'indirizzo assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità giunge a ritenere che, nel caso di pena divenuta illegale, l'accordo è nullo.

Ma se l'accordo, anche nell'interpretazione della giurisprudenza delle sezioni unite, deve ritenersi radicalmente nullo, chi scrive non vede comprovate motivazioni per negare fondatezza alla tesi, qui sostenuta, secondo cui - pur nell'impossibilità di procedere ad una rinnovata valutazione degli atti del giudizio - tutti quegli elementi che hanno concorso all'apprezzamento valutativo della pena [e non solo ed esclusivamente la pena base alla luce della nuova cornice edittale] possono essere oggetto di un rinnovato apprezzamento valutativo.

In definitiva, chi scrive ha ragione di ritenere che la presenza di una cornice edittale significativamente aggravata nel minimo edittale [quale quella conseguente alla declaratoria di incostituzionalità resa con la sentenza nr. 32 del 2014] e l'ampiezza dell'allora vigente divario sanzionatorio [tra il primo e il quinto comma dell'articolo 73, comma 1, d.P.R. del 9-10-1990 nr. 309] abbia, di frequente, condizionato la valutazione degli elementi che concorrono all'apprezzamento valutativo della pena [come esemplificatamente la valutazione in ordine alla sussistenza della recidiva, al riconoscimento delle eventuali circostanze generiche e, soprattutto, al giudizio di comparazione delle circostanze medesime] ed abbia conseguentemente comportato, in concreto, la forzatura di tali elementi allo scopo di determinare un doppio abbattimento della pena rispetto alla scelta, già effettuata, di riti premiali [come esemplificatamente nei casi in cui (senza alcuna motivazione se non quella, dichiarata, di adeguare la pena al disvalore penale del fatto) siano state riconosciute circostanze attenuanti generiche con giudizio di prevalenza rispetto alla contestata recidiva], dando luogo ad un'irragionevole difformità applicativa di istituti che, nell'esperienza concreta maturata nella giurisprudenza di merito, sono stati forzati allo scopo di adeguare la pena [dichiarata illegale] al disvalore penale del fatto.

6. Considerazioni conclusive

Chi scrive è perfettamente consapevole che la tesi, qui sostenuta, è certamente minoritaria e che, al momento, non risulta aver trovato avallo né nella giurisprudenza di merito né in quella di legittimità.

pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità>.

E soprattutto, chi scrive, è altrettanto consapevole che tale impostazione ridimensiona significativamente la pretesa dei condannati tesa ad ottenere importanti riduzioni delle pene detentive inflitte, dal momento che – come si diceva – sino ad ora la sentenza della Corte Costituzionale pare, nel comune sentire, prestarsi all'interpretazione secondo cui la rideterminazione della pena in senso più favorevole al condannato sia un'operazione che discende in modo automatico dalla declaratoria di incostituzionalità, con la conseguente pretesa, da parte dei condannati, ad un abbattimento altrettanto automatico, in sede esecutiva, di tutte le pene in misura 'secca' di due anni.

E però nella realtà giudiziaria la sentenza della Corte Costituzionale ha comportato significative problematiche operative, l'aumento del contenzioso in sede esecutiva e l'implementazione dei carichi di lavoro per il Pubblico Ministero deputato all'esecuzione delle pene detentive, per il giudici dell'esecuzione e per la stessa Corte di Cassazione, che non avrebbero dovuto sfuggire alla medesima Corte Costituzionale, pur nella funzione - cui è istituzionalmente preposta - di occuparsi della costituzionalità delle leggi.

Quindi, per l'appunto alla luce del precedente della medesima Corte³⁷ - allorquando questa, nel dichiarare inammissibile analoga questione di costituzionalità, aveva motivato la propria decisione sul rilievo che la soluzione proposta non potesse trovare accoglimento perché non costituzionalmente obbligata, dovendo piuttosto trovare risposta nel discrezionale apprezzamento del legislatore – forse si sarebbe potuto attendere l'intervento del legislatore medesimo, proprio in un momento in cui – sia pure con colpevole e grave ritardo – il Governo aveva già anticipato l'intenzione di procedere ad una rivisitazione complessiva del testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e/o psicotrope.

Come altri Autori³⁸ hanno evidenziato <forse una maggiore pazienza avrebbe impedito l'ennesimo strappo tra il giudice delle leggi ed il legislatore in una materia che già ne ha vissuti tanti in questi anni> e <forse una attesa ulteriore sarebbe stata la soluzione migliore, per evitare soprattutto che un intervento legislativo che dovesse infine intervenire e che, improvvidamente, si limitasse alle sanzioni del fatto di lieve entità, possa finire con il riproporre il tema di uno squilibrio sanzionatorio irrazionale>.

³⁷ Ci si richiama alla ordinanza della Corte Costituzionale nr. 184 del 2017

³⁸ Così Giuseppe AMATO, *Pena sproporzionata non ha più funzione di tipo rieducativo*, in *Guida al diritto*, nr. 14, del 23-3-2019, pag. 61.

Quindi pur nel dovuto rispetto della sentenza della Corte Costituzionale, l'articolato tessuto storico e normativo in cui è intervenuta e l'invasione così incisiva dei poteri del legislatore <avvenuta con la 'creazione' di una nuova dimensione quantitativa della pena affatto 'obbligata'>,³⁹ dovrebbe poter legittimare, a maggior ragione, la tesi tesa a contenere significativamente l'impostazione secondo cui la rideterminazione della pena in senso più favorevole al condannato sia un'operazione che discende in modo automatico dalla sentenza della Corte medesima, in favore della diversa tesi, qui sostenuta, secondo cui – sul presupposto della radicale nullità dell'accordo – impregiudicata la valutazione degli atti del giudizio, tutti quegli elementi che hanno concorso alla determinazione della pena potranno essere oggetto di un rinnovato apprezzamento valutativo.

³⁹ Così Giuseppe AMATO, *Pena sproporzionata non ha più funzione di tipo rieducativo*, in *Guida al diritto*, nr. 14, del 23-3-2019, pag. 61.

LUCA GESSAROLI

Bancarotta patrimoniale e beni concessi in *leasing*. Alcune riflessioni.

1. L'autonomia negoziale funge sempre più spesso da strumento con cui gli operatori economici danno vita a nuovi contratti in grado di soddisfare le loro molteplici esigenze. Il *leasing*, in particolare, è divenuto uno schema socialmente tipico con cui l'imprenditore può procurarsi i mezzi necessari per la sua attività produttiva senza al contempo investire il proprio capitale.

Orbene, nella prassi giudiziaria si pone spesso il problema di stabilire se le condotte di bancarotta patrimoniale descritte dall'art. 216 l. fall. siano penalmente rilevanti allorché abbiano ad oggetto beni concessi in *leasing* all'imprenditore.

La risposta al quesito impone di soffermarsi preliminarmente su due temi: A) l'oggetto materiale del delitto di bancarotta patrimoniale; B) la natura del contratto di *leasing*.

2. Quanto al primo tema, giova ricordare che l'art. 216, co. 1 n. 1), L. Fall. sanziona il comportamento dell'imprenditore dichiarato fallito che depauperava il patrimonio dell'impresa in danno della massa creditoria attraverso diminuzioni fittizie (distrazione, occultamento o dissimulazione, ovvero mediante la simulazione di passività) o reali (distruzione o dissipazione) dei "suoi beni".

I beni dell'imprenditore, dunque, sono l'oggetto materiale del reato. Tale previsione deriva dalla circostanza che il fallimento, quale procedura concorsuale, è diretto a soddisfare i creditori del fallito. Pertanto, le pretese creditorie non possono che dirigersi sul patrimonio di colui che ha assunto le obbligazioni rimaste inadempite.

Tanto premesso, occorre stabilire cosa sia precisamente incluso nell'espressione "suoi beni", riferita all'imprenditore fallito.

L'opinione pressoché dominante in dottrina¹ ritiene che possano essere oggetto di bancarotta patrimoniale non solo i beni su cui l'imprenditore vanta un diritto di proprietà, ma anche quelli rispetto ai quali egli abbia una diversa relazione giuridica comunque tutelata dall'ordinamento. Per "bene", dunque, deve intendersi tutto ciò che sia idoneo a produrre utilità².

Ne consegue, dunque, che nell'espressione "beni dell'imprenditore" rientrano anche i diritti reali minori, i diritti reali di garanzia, nonché i diritti personali, di godimento o di garanzia.

A tal riguardo, giova sottolineare che, in virtù della struttura giuridica dei diritti personali, allorché siano questi ultimi a venire in rilievo, oggetto del delitto di bancarotta non è tanto il bene,

¹ BRICCHETTI - TARGHETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano 1998, 35; PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, in *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, a cura di GALGANO, Bologna - Roma 1995, 35.

² COLETTA, *L'oggetto materiale del reato di bancarotta patrimoniale*, in *Cass. Pen.*, 2005, o. 1437.

come per i diritti reali, quanto il diritto sul bene medesimo, che fa parte del patrimonio giuridico dell'imprenditore³.

3. Ciò posto, occorre quindi stabilire quale tipo di relazione instauri l'imprenditore con i beni a lui concessi in *leasing*. Tale risposta impone una breve disamina sul contratto in parola, onde tracciarne per sommi capi i caratteri.

Il *leasing* (o locazione finanziaria) è, come già ricordato in apertura, un contratto atipico ampiamente diffuso nella prassi commerciale. L'art. 17 legge n. 183 del 1976 definisce la locazione finanziaria come l'operazione con cui vengono concessi in locazione beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi e con facoltà di quest'ultimo di divenirne proprietario al termine della locazione dietro versamento di un prezzo prestabilito.

Nella sua configurazione tipica, quindi, il *leasing* presenta una struttura trilaterale, in quanto prevede l'intervento di tre soggetti: il produttore, il locatore e il conduttore-utilizzatore. Il termine locazione finanziaria pone quindi in evidenza il fatto che l'operazione economica ha lo scopo di far acquistare ad un imprenditore (cd. utilizzatore) la disponibilità di beni atti a sviluppare la produzione senza al contempo dover erogare in un'unica soluzione il prezzo⁴.

Nell'ambito della locazione finanziaria si distinguono, poi, il cd. *leasing* di godimento, corrispondente alla figura classica appena descritta, che presenta una funzione essenzialmente creditizia, perché mediante tale contratto il conduttore impiega due fattori non suoi (bene e capitale) per l'esercizio dell'impresa, e il cd. *leasing* traslativo, che presenta una funzione assimilabile alla vendita con riserva di proprietà, in quanto il prezzo di opzione per l'acquisto del bene è nettamente più basso rispetto al suo valore residuo; infatti, mentre nel *leasing* di godimento l'acquisto finale del bene, ad un prezzo più alto rispetto al suo valore, è solo eventuale, nel *leasing* traslativo l'esercizio dell'opzione è certo fin dall'inizio e la conservazione del bene in capo al concedente ha solo uno scopo di garanzia⁵.

Infine, va ricordata l'ulteriore figura del cd. *leasing* operativo, in cui il concedente è anche il produttore del bene.

³ PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., secondo cui, in questi casi, i "beni dell'imprenditore" non è la cosa nella sua materialità, bensì il diritto gravante sulla stessa, di modo che la sparizione del bene può incidere negativamente sul patrimonio del fallito, ma solo in quanto determina la scomparsa dei diversi cespiti costituiti dai diritti sulla cosa di cui l'imprenditore era titolare.

⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 1315.

⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1316.

Ciò posto, per quanto qui rileva, il *leasing* attribuisce all'utilizzatore ora la mera detenzione qualificata, in caso di *leasing* di godimento, ora il possesso, in caso di *leasing* traslativo assimilabile alla vendita con riserva di proprietà. In entrambi i casi il diritto di proprietà resta in capo al concedente, con eventuale suo trasferimento in capo all'utilizzatore se questi esercita l'opzione al termine del contratto. Il rapporto giuridico che scaturisce dal contratto, quindi, è di natura obbligatoria e ha ad oggetto il godimento del bene concesso.

4. Tanto premesso, è ora possibile rispondere al quesito posto inizialmente: *l'imprenditore fallito può commettere il delitto di bancarotta patrimoniale sui beni a lui concessi in leasing?*

In alcune (invero rare) occasioni, la giurisprudenza, pur pronunciandosi su altro tema, ha adombrato la possibilità di una soluzione in senso negativo.

Sul punto vale richiamare Cass. Pen., Sez. V, n. 5423 del 13/01/1997, secondo cui *“in materia di bancarotta fraudolenta, nella nozione di beni appartenenti al fallito rientrano le cose oggetto del diritto di proprietà, dei diritti "immateriali", i crediti, ma non quei beni che non siano mai entrati nel di lui patrimonio. Non sono beni dell'imprenditore quelli che sono nella sua limitata disponibilità, per averli egli ricevuti a titolo diverso dalla translatio dominii (locazione, comodato, deposito) e che, quindi, non sono mai usciti dal patrimonio del dominus. Di conseguenza, non è condotta sanzionabile come bancarotta fraudolenta l'atto di disposizione di beni mai entrati nel patrimonio dell'imprenditore, perché a lui pervenuti attraverso un negozio giuridico affetto da anomalia genetica, non idoneo, quindi, al trasferimento della proprietà”*.

Più di recente, ancora, la Cassazione ha affermato che, *“poiché nella nozione di beni appartenenti al fallito rientrano solo le cose che abbiano fatto ingresso nel patrimonio di quest'ultimo, non possono essere oggetto delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale i beni sui quali il fallito ha un possesso solo precario e il proprietario vanta un diritto alla restituzione, come nel caso di beni ricevuti in locazione, deposito o comodato”* (Cass. Pen., Sez. V, n. 13556 del 27/02/2015, Arlati, Rv 262899).

A ben vedere, ciò che la Cassazione ha voluto sottolineare con tali decisioni – *che, si badi, non riguardavano il tema in esame* – è solo la necessità che l'imprenditore si impossessi effettivamente del bene concessogli a vario titolo.

Per vero, allorché è stata chiamata a pronunciarsi in via principale sul tema qui in esame, la Corte ha sempre fornito risposta positiva, affermando in modo univoco e costante che

l'imprenditore fallito può commettere il delitto di bancarotta patrimoniale su beni a lui concessi in *leasing*.

Tale soluzione appare la logica conseguenza delle premesse tracciate fino a questo punto. Infatti, se oggetto materiale del delitto di bancarotta patrimoniale è tutto ciò su cui l'imprenditore vanta una relazione giuridica tutelata dall'ordinamento e il *leasing* dà vita ad un diritto personale di godimento, eventualmente convertibile in diritto reale di proprietà previo riscatto del bene concesso, è evidente che le condotte di bancarotta patrimoniale possano avere ad oggetto anche beni produttivi che l'imprenditore detiene a titolo di locazione finanziaria.

La citata conclusione appare confortata, poi, dalla circostanza che l'art. 72 *quater* l. fall. disciplina, in caso di fallimento, la sorte dei beni che l'imprenditore detiene a titolo di locazione finanziaria, in specie prevedendo l'applicazione dell'art. 72 l. fall. e, in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, la continuazione del contratto, salvo che il curatore dichiari di volersi sciogliere da esso. Il bene, quindi, rimane potenzialmente attratto nella massa fallimentare, con tutto ciò che ne consegue.

Si comprende, dunque, l'orientamento giurisprudenziale innanzi accennato, espresso per la prima volta con la sentenza n. 7746 del 10 maggio 1988, secondo cui *“il contratto di locazione finanziaria (leasing) attribuisce all'utilizzatore la facoltà di scegliere, alla scadenza del rapporto, fra la restituzione del bene ricevuto o il conseguimento della proprietà di esso alle condizioni stabilite. Pertanto, qualunque illecita manomissione posta in essere dal medesimo prima della dichiarazione di fallimento e che ne abbia impedito l'acquisizione alla massa, costituisce fatto di distrazione punibile a titolo di bancarotta fraudolenta”*.

La Corte di Cassazione, negli anni successivi, ha confermato tale orientamento⁶, precisandone alcuni aspetti significativi. In specie, con la sentenza n. 845 del 1992, ha sottolineato che il delitto sussiste anche se il bene non è ancora entrato nel patrimonio del conduttore, in quanto è comunque già presente il diritto di riscattarlo alla scadenza del rapporto; in seguito, la sentenza n. 29757 del 2010 ha individuato quale presupposto essenziale del delitto di bancarotta patrimoniale la circostanza che l'utilizzatore poi fallito sia entrato nella disponibilità materiale del bene, talché il

⁶ Cass., Sez. 5, n. 845 del 05/11/1992, Rv. 193188, Cass., Sez. 1, n. 4846 del 26/11/1992, Rv. 193443; Cass. Sez. 5, n. 2038 del 17/01/1997, Rv. 208670; Cass., Sez. 5, n. 6882 del 08/04/1999, Rv. 213604; Cass., Sez. 5, n. 10333 del 14/12/2000, Rv. 218681; Cass., Sez. 5, n. 33380 del 18/07/2008, Rv. 241397; Cass., Sez. 5, n. 29757 del 21/05/2010, Rv. 248262; Cass., Sez. 5, Ordinanza n. 9427 del 03/11/2011, Rv. 251995; Cass., Sez. 5, n. 44898 del 01/10/2015, Rv. 265509; Cass., Sez. 5, Sentenza n. 44350 del 17/06/2016, Rv. 268469; Cass., Sez. 5, n. 21933 del 17/04/2018, Rv. 272992.

fatto non sussiste se il contratto non è mai stato portato ad esecuzione mediante la consegna della *res*; ancora, la sentenza n. 44898 del 2015 ha affermato l'irrilevanza, in campo penale, della distinzione tra *leasing* traslativo o di godimento; più di recente, poi, la sentenza n. 44350 del 2016 ha ritenuto parimenti irrilevante l'avvenuta risoluzione del contratto di *leasing* prima della dichiarazione di fallimento, purché, ovviamente, l'utilizzatore abbia mantenuto la disponibilità del bene.

La S. C. si è da ultimo espressa con la sentenza n. 21933 del 2018, in cui non solo ha ribadito il proprio orientamento, ma ha altresì colto l'occasione per approfondire un punto nodale della questione, cioè a dire la natura del danno arrecato alla massa dei creditori.

La citata sentenza, in specie, ha affermato che: A) l'utilizzatore nel contratto di *leasing* è un detentore qualificato, talché egli può destinare il bene tanto agli scopi previsti, quanto a fini diversi e illeciti; B) qualunque manomissione di un bene in *leasing* comporta un danno per i creditori del fallito, in quanto il patrimonio risulta: B1) privato del diritto di riscattare il bene, avente un intrinseco valore economico; B2) gravato dall'onere economico derivante dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione, ai sensi dell'art. 79 l. fall.; B3) privato della differenza del maggior prezzo (rispetto a quello di riscatto) a cui il concedente avrebbe potuto ricollocare il bene sul mercato, secondo quanto previsto dall'art. 72 *quater* l. fall.

La Cassazione conclude, quindi, che non vi sono dubbi circa la rilevanza penale della bancarotta patrimoniale sui beni in *leasing*, enunciando il principio di diritto per cui *"in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, in caso di bene pervenuto all'impresa a seguito di contratto di "leasing", qualsiasi manomissione del medesimo che ne impedisca l'acquisizione alla massa o che comporti per quest'ultima un onere economico derivante dall'inadempimento dell'obbligo di restituzione integra il reato poiché determina la distrazione dei diritti esercitabili dal fallimento con contestuale pregiudizio per i creditori a causa dell'inadempimento delle obbligazioni assunte verso il concedente"*.

5. In conclusione, dunque, la risposta al quesito posto inizialmente è certamente positiva. L'imprenditore fallito può commettere il delitto di bancarotta patrimoniale sui beni a lui concessi in *leasing*; a tal fine, non rileva che il contratto si sia risolto prima della dichiarazione di fallimento, né la tipologia di bene o di contratto di *leasing* impiegato. Assume invece rilievo centrale la circostanza che l'imprenditore abbia effettivamente conseguito la materiale disponibilità del bene oggetto della condotta illecita.