

Osservatorio della Camera Penale di Cosenza

“Corte Costituzionale e processo penale”

istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza
del 21 Novembre 2016

Presidente Camera Penale “Fausto Gullo”

Avv. Ninì Feraco

Referente del Direttivo Camera Penale

Avv. Nicola Carratelli

**Responsabile Osservatorio Corte Costituzionale
e Processo Penale**

Avv. Amelia Ferrari

Coordinatore

Avv. Pietro Sammarco

Componenti dell'Osservatorio

Dott.ssa Germana Bruni

Dott.ssa Alessia Celestino

Dott. Santo Orrico

Avv. Evy Reda

Avv. Ilaria Salerno

Dott.ssa Federica Sicilia

Dott. Pierpaolo Turco

INDICE

Giusto processo	1
Alcuni cenni sul ruolo del difensore nel giusto processo	5
Giurisprudenza Corte Costituzionale in materia di sostanze stupefacenti	10
Sentenza nr. 32/14 Corte Costituzionale	13
Sentenza nr. 94/16 Corte Costituzionale	15
Sentenza nr. 109/2016 Corte Costituzionale	18
Ordinanza 1418/2016 Corte Costituzionale	20
Fecondazione eterologa	26
La riconduzione ad unitarietà e coerenza della legge 40/2004 a seguito della sentenza 96/15	31
Sentenza Corte Costituzionale 162/14	36
Aborto Clandestino	45
Sentenza Corte Costituzionale 4/16	60
Sentenza Corte Costituzionale nr. 12 /2016	66
Ordinanza n. 240/14 Corte Costituzionale	69

GIUSTO PROCESSO

L'ottica attraverso la quale si è sviluppato il lavoro di approfondimento dell'Osservatorio "Corte Costituzionale e Processo Penale" si sostanzia nella necessità di esplicitare gli argomenti utilizzati nelle sentenze e nelle ordinanze emesse dalla Corte Costituzionale, per come poi rielaborati nella giurisprudenza di Legittimità, con cui si ritiene siano stati particolarmente salvaguardati i principi del "giusto processo", principio sancito dall'articolo 111 della Carta Costituzionale.

La necessità di approfondire argomenti di grande impatto nel processo penale che hanno modificato anche nella pratica l'operato del difensore per ciò che concerne i diritti dell'imputato, nasce dalla considerazione di dover ritenere centrale il tema del "giusto processo", a garanzia non solo dei diritti di ogni imputato ma anche per misurare la civiltà di una società che si modifica costantemente e che necessita di una legislazione che renda concreto il concetto di governabilità dei fenomeni sociali.

Il diritto, da strumento di controllo sociale si propone di mettere a fuoco gli elementi formali delle norme e degli istituti, disegna una prospettiva che muta costantemente e che necessita di essere divulgata per consentire il controllo delle "certezze del diritto" e l'attuazione dei principi del "giusto processo" su cui si fonda il nostro Ordinamento .

La coerenza delle norme e il rispetto delle stesse, rappresenta la garanzia di tutela di ogni singolo cittadino e la modifica di ogni principio genera cambiamenti che si riflettono nel vivere comune di ogni consociato.

Il diritto scriveva Delogou "è un insieme di norme destinate a raggiungere un complesso di finalità, richieste dalle idee politiche, economiche, e morali vigenti in un determinato momento storico" ma appare condivisibile che la dimensione giuridica e quella politica economica siano differenti in quanto "gli scopi da raggiungere attengono a valutazioni socio-economiche, mentre le norme, che rappresentano la via per raggiungerli, devono essere oggetto di una valutazione tecnica alla luce di principi".

Partendo da questa premessa, il nostro lavoro ha cercato di approfondire ciò che è stato oggetto di discussione, sotto diversi profili a livello sociale e giuridico per i principi innovativi sanciti dalle sentenze proposte dalla Corte Costituzionale e per la ripercussione derivatane dalle sentenze emesse in sede di Legittimità.

Sovente ad orientare il lavoro di interpretazione del giurista, intervengono principi di carattere generale, quale ad esempio quello dell'articolo 12 delle preleggi che statuisce un ineffabile concetto, ossia: "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" e spesso la ricerca delle intenzioni del Legislatore alimenta vivaci dibattiti giuridici che si concentrano su tematiche che coinvolgono altri campi dell'essere umano, quali ad esempio: l'etica, la politica dello stato sociale, i diritti umani.

Dalla copiosa attività svolta dalla Corte Costituzionale, è stata estratta una piccola raccolta di sentenze ed ordinanze su cui si è finalizzato un lavoro di ricerca che ha inteso fornire un'interpretazione e un commento, alla dinamica del principio adottato nelle stesse e del riverbero, eventualmente, già avuto in sede di Legittimità.

Ci pare opportuno, però, sottolineare perché condivisa dal nostro Osservatorio, una valutazione svolta da A. Bargi, che in un articolo intitolato "la ragionevolezza durata del processo tra efficienza e garanzia" (in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. Dinacci, 2010, pag.469) ha svolto tale considerazione: "negli ultimi tempi è diventato sempre sempre più frequente il richiamo all'efficienza del processo per giustificare discutibili scelte del Legislatore, a prevalente valenza simbolica per rassicurare l'opinione pubblica, con conseguente assegnazione agli istituti processuali di eccentrici compiti di prevenzione e di lotta alle forme più violente del crimine .

L'efficienza viene contrabbandata, cioè, come criterio funzionale al conseguimento della certezza della pena, quale risultato della celerità del processo, sull'erroneo esplicito presupposto di considerare "presunto colpevole" la persona sottoposta a giudizio; tanto in evidente contrasto con l'opposta previsione dell'articolo 27, comma 2 della Carta Costituzionale che viceversa ancora il trattamento e la regola di giudizio che devono caratterizzare l'accertamento processuale alla presunzione di non colpevolezza del soggetto sino alla condanna definitiva.

Di qui il ricorso al principio della ragionevole durata del processo introdotto dal nuovo articolo 111, comma 2 Cost., in funzione del grimaldello politico dogmatico

in grado di ridimensionare le garanzie processuali difensive di rango costituzionale, che appesantirebbero la speditezza e quindi, l'efficienza dell'accertamento processuale".

Riteniamo, infatti, che sebbene vi siano state evoluzioni normative e giuridiche che tutelano sempre più una logica che rispetta i principi del giusto processo, tale principio rischia di essere compromesso dalle imminenti variazioni del Codice di Procedura Penale.

Ed infatti, le innovazioni che saranno introdotte si presentano come confliggenti con il principio della "discovery", soprattutto alla luce di riduzioni concrete dei tempi di svolgimento del processo che limitano fortemente anche l'attività difensiva e introducono sbarramenti concreti ad alcune attività processuali, circostanza destinata a comprimere il diritto di difesa dell'imputato.

Sebbene, comunque, la produzione giurisprudenziale recente, propenda per una posizione sempre più garantista e le sentenze della Corte di Cassazione evidenzino la necessità di tutelare proprio i principi del giusto processo, un ruolo di primo piano svolge anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea; ed infatti, la logica dell'arresto giurisprudenziale di seguito indicato è un evidente parametro del collegamento, sempre più stretto, tra il Diritto interno e quello Europeo:

"I principi contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte europea, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (convenzionalmente orientata) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne. La previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. d), della CEDU, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, 3° comma, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale-

le attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado. In tale caso, l'affermazione di responsabilità dell'imputato in mancanza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, ex art. 606, 1° comma, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio «al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui all'art. 533, 1° comma. Al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio enunciato nell'art. 6, par. 3, lett. d), della CEDU, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata. Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile".

(Cassazione penale, sez. un., 28/04/2016, n. 27620)

Un chiaro indirizzo che propende per una logica sempre più stringente, relativa alla corretta analisi delle problematiche emerse durante l'istruttoria dibattimentale di primo grado e al rispetto di una logica processuale e giuridica che tralasci il parametro del solo libero convincimento del giudice, per spaziare verso un giudizio quanto più possibile oggettivo e disancorato da una discrezionalità che prescindendo da elementi quanto più possibile affidabili, da utilizzare nell'emissione di un processo che possa andare esente da errori giudiziari.

Alla luce di tali osservazioni, seppure di carattere generale ma importanti per chiarire quanto sia necessario precisare l'assoluta necessità dell'equilibrio da mantenere nel preservare i diritti della difesa nel processo penale e quindi dell'imputato, proponiamo argomenti di grande attualità quali quelli della normativa sugli stupefacenti, fecondazione eterologa, capacità dell'imputato, giusto indennizzo, colloqui dei detenuti in regime di carcere duro.

Appare fondamentale però comprendere, prima di ogni dissertazione, l'importanza del ruolo del difensore nel processo penale e la sua centrale figura, determinante per il rispetto dei principi del giusto processo.

ALCUNI CENNI SUL RUOLO DEL DIFENSORE NEL GIUSTO PROCESSO

L'evoluzione della procedura penale e la cultura garantista, che vi è connaturata, in lento ma costante progresso da alcuni decenni, hanno segnato, con le più recenti normative, un notevole traguardo.

Il cosiddetto "giusto processo" di tale evoluzione e di tale cultura rappresenta sin qui la massima espressione, soprattutto per avere accentuato il connotato accusatorio, con la disciplina del diritto alla prova e del contraddittorio.

Con l'ampliamento dei poteri e dei diritti spettanti, almeno formalmente, al difensore all'interno del processo penale, si ampliano di conseguenza anche i doveri, deontologici e tecnici, che ne discendono come naturale conseguenza della parificazione delle armi tra accusa e difesa.

Si pensi solo alla legge sulle investigazioni difensive (7 dicembre 2000, n. 397) che deve intendersi univocamente finalizzata a dare attualità e concretezza al principio della parità delle parti, nei loro diritti e nelle loro garanzie, ma che pone in capo al difensore, specie nel momento in cui in fase di indagini preliminari acquisisce le prove a discarico per il proprio assistito, precisi obblighi giuridici nonché lo investe di gravose responsabilità penali e deontologiche.

L'art. 391 bis c.p.p., ad esempio, al comma 6 statuisce che le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti, non possono essere utilizzate. **La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal Giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.**

Ebbene, l'ampliamento dei poteri del difensore va esercitato con un certo rigore formale e con una apprezzabile onestà intellettuale a pena di incorrere nella commissione di reati ovvero di illeciti disciplinari ma, soprattutto, di nuocere al proprio assistito nel fondamentale momento dell'assunzione della prova a discarico.

È noto che il "giusto processo" non soltanto era preesistente alla modifica dell'art. 111, ma risultava positivamente definito dal combinato disposto dagli artt. 3, 24, 25

e 27 Cost., 6 C.e.d.u. e 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici, il portato dei quali, in estrema sintesi, è stato riassunto nell'innovato art. 111.

Tra le novità introdotte con la modifica di tale ultima norma, la più evidente è certamente quella concernente il valore del contraddittorio. In relazione ad esso, anzi, è necessario rilevare come, rapportata al sistema precedente, l'innovazione, pur adeguandosi al modello sovranazionale del "giusto processo", ha fatto un passo ulteriore, individuando il contraddittorio appunto come misura dell'equità del processo.

Il diritto al contraddittorio però non va confuso con una pretesa "parità delle parti" che – bisogna dirlo – nel processo penale semplicemente non esiste se non come tendenziale proiezione di aspirazioni ideali che non tengono conto di come e quanto il processo sia invece caratterizzato dalla strutturale e fondamentale disuguaglianza tra la parte pubblica e le altre parti.

Si potrebbe tutt'al più parlare di parità delle armi (l'"égalité des armes", secondo la felice espressione di Corte eur. dir. uomo, 24 maggio 2005, Berkouche c. Francia) che sta a significare, in estrema sintesi, che il contraddittorio (il processo, cioè) è il luogo della composizione dello squilibrio essenziale, tra due parti contrapposte, accusa e difesa, e sotto la direzione di una terza parte **imparziale**, il Giudice, che dovrebbe garantire la correttezza formale del contraddittorio stesso.

Il contraddittorio non è soltanto un diritto della parte; esso è invece la "dimensione oggettiva" che ogni processo, per essere tale, deve assumere, in quanto solo il contraddittorio è il veicolo per l'attuazione della giurisdizione da cui l'ovvia conseguenza che ogni lesione al contraddittorio, non può più rilevare solo come violazione di un diritto dell'imputato, ma come essenziale e sostanziale invalidazione del processo.

Definito il contraddittorio come l'incontro tra due posizioni contrapposte che tendono a far prevalere ciascuna la propria ragione in merito ad un fatto del quale si deve accertare se sia effettivamente accaduto e come, il "processo come contraddittorio" impone evidentemente che le parti abbiano le stesse facoltà e gli stessi diritti.

Se il difensore è il rappresentante di una delle parti, è evidente che le menomazioni che subisce il diritto di difesa, oltre ad essere violazioni di tale diritto, sono essenzialmente menomazioni che subisce il contraddittorio e, pertanto, il processo stesso.

Sono, cioè, menomazioni dell'essenza stessa del processo inteso come contraddittorio.

La centralità del ruolo del difensore nel meccanismo del processo penale discende sostanzialmente dall'art. 24 della costituzione e l'imprescindibilità del ricorso ad un avvocato in quanto tecnico del diritto è codificato dall'insieme delle norme che disciplinano il predetto.

Dalla obbligatorietà di nominare un difensore, ovvero di farsi rappresentare coattivamente dal difensore nominato d'Ufficio, discende innanzitutto la centralità di tale figura professionale all'interno del processo accusatorio e la necessità che tale soggetto offra una preparazione tecnica adeguata al ruolo fondamentale che gli è stato attribuito dalle norme costituzionali e sostanziali.

Stabilita l'essenzialità della difesa tecnica e considerato il difensore come un organo che rappresenta le ragioni della parte debole del processo, è evidentemente individuata la figura del difensore come il soggetto, la cui inattività o il suo agire pregiudizievole per l'imputato comporta, conseguentemente, la menomazione del processo oltre che la lesione del diritto di difesa.

Il ruolo del difensore in tale prospettiva è individuato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, pur muovendo da un'ottica diversa da quella rassegnata dall'art. 111 Cost. – considerando, cioè, l'assistenza di un difensore alla stregua di un diritto soggettivo garantito all'accusato – ha affermato che «gli avvocati in uno Stato di diritto sono i garanti della giurisdizione, per cui è legittima l'aspettativa di un loro contributo al corretto andamento della giustizia e al mantenimento della fiducia dell'opinione pubblica nei tribunali».

Da qui, una serie di conseguenze. La prima: il diritto dell'accusato ad una difesa deve essere effettivo e concreto.

La seconda: l'effettività della difesa non può ritenersi indifferente all'operato del patrocinatore nell'intera vicenda.

La terza : assicurare e verificare l'effettività e l'adeguatezza della difesa tecnica.

In poche parole il difensore è oberato da precisi doveri la violazione dei quali, compromettendo il contraddittorio, impone l'individuazione di sanzioni processualmente rilevanti (e, quindi, diverse da quelle conseguenti ad eventuali azioni disciplinari e/o di responsabilità) al fine di evitare che la lesione del rapporto fiducia-

rio mortifichi il senso stesso del processo come contesa che si svolge ad armi pari davanti al giudice terzo ed imparziale.

Anche il codice deontologico forense recepisce i principi del giusto processo e la centralità del ruolo del difensore tanto che all'art. 1 afferma che: l'avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l'inviolabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio. E poi al comma 2 l'avvocato, nell'esercizio del suo ministero, vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell'Ordinamento dell'Unione Europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell'interesse della parte assistita.

Dalla centralità del ruolo del difensore derivano, come detto, precisi doveri, anch'essi disciplinati dal codice di deontologia, basti pensare all'art. 9 il quale stabilisce che:

1. L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza.

2. L'avvocato, anche al di fuori dell'attività professionale, deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense.

All'art 10: l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa.

All'art. 12: l'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale.

All'art 13: l'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali.

All'art. 14: l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza.

Questi sono solo alcuni esempi sulla disciplina dei doveri dell'avvocato (*rectius*) del difensore nello svolgimento del mandato conferitogli che inseriti nel contesto del giusto processo, inteso come processo svolto in contraddittorio tra le parti al cospetto di un giudice terzo ed imparziale, fanno assurgere all'avvocato non solo e non tanto un ruolo di tutela e garante, ovviamente, della parte patrocinata, ma anche a figura imprescindibile nello svolgimento di un processo tecnicamente e sostanzialmente corretto, nonchè giocato ad armi pari con l'accusa.

Il difensore, da parte sua, dovrà espletare il mandato conferito in primo luogo tutelando la parte assistita al meglio non tanto delle proprie possibilità, in quanto queste dovrebbero essere sempre eccelse e garantite dall'incessante studio ed aggiornamento professionale, ma quanto delle possibilità offerte dagli elementi di prova a discarico alla quale assunzione il difensore può dare un contributo determinante sin dalla fase delle indagini preliminari.

È necessario pertanto che il difensore svolga il mandato conferitogli tenendo sempre presente che con il proprio operato egli garantisce non solo la difesa tecnica del proprio assistito ma, anche, la correttezza del contraddittorio e la regolarità formale e sostanziale del processo.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI SOSTANZE STUPEFACENTI

1.1 Introduzione

La disciplina sulle sostanze stupefacenti è regolata in Italia dal d.P.R. n. 309/90 che prevede differenti trattamenti sanzionatori sulla base della qualità delle sostanze. Tale normativa subiva nel tempo varie modifiche: la più rilevante interveniva nel 2006, con la Legge cd. "Fini – Giovanardi", la quale inseriva in un'unica tabella le sostanze stupefacenti, andando ad incidere anche sul relativo trattamento sanzionatorio sia per la fattispecie principale, prevista dal comma 1 dell'art. 73 del richiamato decreto, sia per quella attenuata del comma 5. Spartiacque importante è la pronuncia n. 32 del 12 febbraio 2014, depositata in cancelleria il 25/02/2014, nella quale i giudici delle leggi dichiaravano l'illegittimità costituzionale delle norme di cui agli artt. 4-bis e 4-ter del D.L. n. 272/2005, convertito con la L. n. 49/2006 (cd. "Fini-Giovanardi"). Tali disposizioni avevano modificato l'impianto originario e le cornici sanzionatorie previste dal d.P.R. n. 309/90, legge cd. "Iervolino-Vassalli", in particolare eliminando la differenziazione tra le tipologie di sostanze ed equiparando, di fatto, le droghe cd. "pesanti" (tabelle I e III dell'art. 14) e le droghe cd. "leggere" (tabelle II e IV). Da ciò ne conseguiva una sostanziale modifica in riferimento al regime sanzionatorio, con la previsione, all'art. 73, di una pena da 6 a 20 anni ed una multa da € 26.000 ad € 260.000 per la fattispecie principale. Anche il trattamento di quella attenuata di cui al comma 5, per come precisato, veniva unificato, con una pena da 1 a 6 anni di reclusione ed una multa da € 3.000 ad € 26.000.

La pronuncia della Corte Costituzionale riscontrava una violazione dell'art. 77, comma 2, della Costituzione, in quanto vi era una disomogeneità del testo di conversione rispetto al decreto legge. Ed invero, il Parlamento nel percorso di approvazione della successiva legge di conversione inseriva materie inconferenti rispetto al testo originario del decreto, venendo meno alla ratio del medesimo.

La legge "Iervolino – Vassalli", riportata in vigore dalla sentenza della Consulta, prevedeva, invece, una pena da 8 a 20 anni di reclusione ed una multa da € 25.822 ad € 258.228 per le droghe rientranti nelle tabelle I e III (cocaina, eroina, etc...), ed una pena da 2 a 6 anni di reclusione ed una multa da € 5.164 ad € 77.468 per le droghe rientranti nelle tabelle II e IV (marijuana, hashish, etc...).

Allo stesso tempo, per la fattispecie attenuata del comma 5 era prevista una pena da 1 a 6 anni di reclusione ed una multa da € 2.582 ad € 25.822 per le droghe pesanti ed una pena da 6 mesi a 4 anni ed una multa da € 1.032 ad € 10.329 per le droghe leggere.

Alcuni mesi prima della sentenza n. 32 del 2014 il legislatore era già intervenuto sul testo dell'art. 73, con l'approvazione del D. L. n. 146/2013, convertito con L. n. 10/2014, il quale conteneva rilevanti novità riguardanti esclusivamente la fattispecie di cui al comma 5. Infatti, quest'ultima non veniva più considerata come circostanza attenuante del comma 1, bensì quale fattispecie autonoma di reato. Il trattamento sanzionatorio, pertanto, subiva una ulteriore limatura del massimo edittale, il quale passava da 6 a 5 anni.

Ciò comportava conseguenze importanti sul piano processuale: ad esempio, per quel che concerneva la prescrizione, si passava dai 25 anni ai 7 anni e 6 mesi. Inoltre, in tema di comparazione tra circostanze aggravanti ed attenuanti, qualora il giudice avesse ritenuto sussistente l'equivalenza, la pena base non sarebbe stata più quella prevista dal comma 1, ma quella del comma 5. Ulteriori conseguenze riguardavano i termini massimi di custodia cautelare, ex art. 303, comma 1, lettera a), n. 1, c.p.p., in quanto gli stessi diminuivano, passando da 1 anno a 3 mesi.

In materia di lieve entità il legislatore interveniva nuovamente con il D. L. n. 36/2014, convertito con modificazioni dalla L. n. 79/2014, la quale prevedeva un'ulteriore rivisitazione della cornice sanzionatoria, stabilendo una pena da 6 mesi a 4 anni di reclusione ed una multa da € 1.032 ad € 10.329. Tale intervento normativo, mantenendo fermo il comma 5 come autonoma fattispecie di reato, provocava conseguenze sul piano processuale, come ad esempio la possibilità di esercitare l'azione penale, da parte del PM, attraverso la citazione diretta a giudizio, ex artt. 550 e ss. c.p.p., e non già con la richiesta di rinvio a giudizio e la conseguente udienza preliminare.

Proprio a proposito di comma 5, una recentissima pronuncia della Corte Costituzionale confermava l'impianto normativo così come disciplinato dalla L. n. 79/2014. Infatti la Corte riteneva inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309/90 in relazione agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, della Costituzione. In particolare si lamentava una irragionevole asimmetria punitiva nell'ipotesi di cui al comma 5, in quanto non era prevista una differenziazione del trattamento sanzionatorio in base alle tipologie di droga, come sussistente per la fattispecie principale, proprio a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte. Inoltre, tra i motivi, si ipotizzava una violazione del principio di proporzionalità, così come sancito dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in quanto la previsione di una sanzione unica per condotte diverse non garantiva la finalità rieducativa della pena, ex art. 27, comma 3, della Costituzione.

La Consulta, non condividendo le osservazioni dei rimettenti, statuiva che, trattandosi di fattispecie autonoma di reato, era nelle prerogative del legislatore stabilire la forbice edittale, lasciando ampia discrezionalità al giudice di merito nella graduazione della pena in riferimento al fatto concreto.

L'evoluzione normativa e della giurisprudenza costituzionale in materia di sostanze stupefacenti ha inciso profondamente sui rapporti processuali nel corso del tempo, in riferimento sia a quelli ancora pendenti che a quelli passati in giudicato. Se prima della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale trovava attuazione la Legge cd. "Fini - Giovanardi", i problemi subentravano successivamente alla pronuncia dei giudici costituzionali in quanto, soprattutto in tema di droghe leggere, le norme dichiarate incostituzionali prevedevano un trattamento sanzionatorio più sfavorevole per il reo. A fronte di ciò, la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione prevedeva la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rideterminare la pena. In particolare, veniva precisato che "l'aspetto decisivo, che segna invece il limite non discutibile di impermeabilità e insensibilità del giudicato anche alla situazione di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata è costituito dalla non reversibilità degli effetti, giacché il citato art. 30 impone di rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del giudicato non divenuti nel frattempo irreversibili perché già consumati, come nel caso di condannato che abbia già scon-

tato la pena; l'esecuzione della pena implica infatti l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto il rapporto esecutivo non può dirsi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e dunque possono e devono essere rimossi" (cfr. Cass. Pen., Sez. I, sentenza n. 41693/2015). Ciò ha determinato l'instaurazione di diversi incidenti d'esecuzione finalizzati all'ottenimento di una sanzione più mite.

In riferimento alla fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, la Suprema Corte di Cassazione ha annullato con rinvio numerose sentenze, demandando ai giudici di merito la rideterminazione della pena in ragione delle novelle legislative (D.L. n. 146/2013, convertito con L. n. 10/2014 e la successiva L. n. 79/2014), che prevedono un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo e come tale applicabile ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p.. Ad esempio, con la sentenza n. 17081 del 2015, i giudici di legittimità rimandavano alla Corte d'Appello di Catanzaro per la nuova quantificazione della pena, accogliendo i motivi di doglianza di un imputato condannato ad 1 anno di reclusione ed € 3.000,00 di multa per la fattispecie di lieve entità prevista dal Testo Unico sugli stupefacenti ed indicando alla Corte territoriale di tenere conto della nuova cornice edittale più favorevole al reo. Ribadiva, pertanto, il seguente principio di diritto: "in tema di stupefacenti, per i reati di cui all'art. 73, comma quinto, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, commessi prima dell'entrata in vigore del D. L. n. 23 dicembre 2013, n. 146 e 20 marzo 2014, n. 36, convertiti con modificazioni, rispettivamente, dalle leggi 21 febbraio 2014, n. 10 e 16 maggio 2014, n. 79 – che hanno trasformato il fatto di lieve entità in reato autonomo, attenuandone anche il trattamento sanzionatorio – è configurabile l'illegalità sopravvenuta della pena inflitta qualora il giudice abbia utilizzato i parametri edittali antecedenti alle indicate novelle legislative" (Cass. Pen., Sez. V, n. 17081 del 26/11/2014).

La Corte d'Appello, infine, in sede di giudizio di rinvio si pronunciava rideterminando la pena in mesi 6 di reclusione ed una sanzione pecuniaria.

1.2 Sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale

La pronuncia trae origine dall'ordinanza della Suprema Corte di Cassazione, con la quale veniva sollevata questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt.

4-bis e 4 *vicies-ter*, commi 2, lettera a), e 3, lettera a), numero 6), del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49, in riferimento all'art. 77, comma 2, della Costituzione.

Il Collegio rimettente, nel primo motivo del ricorso, eccepiva sia la parificazione ai fini sanzionatori delle sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dal vecchio art. 14 a quelle di cui alle tabelle I e III, con aumento delle sanzioni per le prime da due a sei anni di reclusione e della multa da € 5.164 ad € 77.468 a quella della reclusione da sei a venti anni e della multa da € 26.000 ad € 260.000. Inoltre, la Corte di legittimità sollevava la questione in relazione alla unificazione delle tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, in particolare includendo la *cannabis* e i suoi prodotti nella prima di tali tabelle.

Ulteriore motivo di ricorso riguardava la illegittimità costituzionale dei predetti articoli in relazione, si ribadisce, all'art. 77, comma 2, della Costituzione, in quanto le norme originarie del decreto-legge difetterebbero del requisito dell'omogeneità rispetto a quelle introdotte nella legge di conversione. Infatti, secondo costante giurisprudenza costituzionale citata dalla rimettente, è preclusa la possibilità di inserire contenuti ulteriori ed estranei rispetto al decreto-legge originario, in virtù del particolare potere di conversione che la Costituzione conferisce al Parlamento.

Nel caso di specie, mentre le norme originarie riguardavano esclusivamente l'esecuzione delle pene detentive nei confronti dei tossicodipendenti recidivi aventi un programma terapeutico in corso, quelle contenute nella legge di conversione e, segnatamente, quelle norme che avevano sostituito i commi 1 e 4 dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, parificando ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti ed unificando le relative tabelle, andavano ad incidere anche sulla materia della droga, ampliando oltremodo la portata dell'intervento riformatore.

L'Avvocatura generale dello Stato interveniva nel giudizio, chiedendo il rigetto delle questioni sollevate perché ritenute inammissibili, atteso che il decreto-legge conteneva già disposizioni riguardanti il tema della tossicodipendenza, cosicché le norme previste dalla legge di conversione non si ponevano in contrasto con l'intervento del Governo.

La Consulta, nelle motivazioni del proprio provvedimento, accoglieva il ricorso relativamente alla doglianza riguardante la violazione dell'art. 77, comma 2, della

Costituzione. La stessa, richiamando peraltro la sentenza n. 22 del 2012 della medesima Corte, sottolineava la peculiarità della legge di conversione che segue un procedimento semplificato ed accelerato, che deve concludersi nel termine perentorio di 60 giorni onde evitare la perdita di efficacia dell'originario atto, approvato dal Governo in condizioni di necessità ed urgenza. Pertanto, eventuali emendamenti ed articoli aggiuntivi non possono eccedere l'oggetto del decreto-legge perché, in caso contrario, verrebbe meno il legame funzionale tra lo stesso e la legge di conversione, generando un vizio procedurale delle stesse.

L'illegittimità costituzionale riscontrata dai giudici non riguardava l'intero impianto, ma precipuamente le disposizioni contenute negli artt. 4- *bis* e 4- *vecies-ter*, i quali andavano a disciplinare la normativa sostanziale sugli stupefacenti e non già quella processuale relativa alla sospensione dell'esecuzione della pena per i tossicodipendenti recidivi.

La Corte Costituzionale ha in definitiva sancito l'illegittimità costituzionale degli articoli suddetti, sul presupposto che gli stessi sono stati adottati in violazione dell'esercizio del potere legislativo di conversione.

Alla luce del provvedimento *de quo*, ricevono nuovamente applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309/90 e le relative tabelle nella formulazione precedente, in quanto mai validamente abrogati dalle disposizioni impugnate.

1.3 Sentenza n. 94 del 2016 della Corte Costituzionale

La recente pronuncia della Corte Costituzionale n. 94 del 6 maggio 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4- *quater* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006, n. 49 (cd. "Fini - Giovanardi") che aveva introdotto l'art. 75-bis del D.P.R. 309/1990 (Testo Unico in materia di stupefacenti).

Tale norma prevedeva la possibilità per l'autorità di pubblica sicurezza- nella specie il Questore – di irrogare con provvedimento motivato misure cautelari ai soggetti attinti dalla sanzione amministrativa di cui al precedente art. 75 del medesimo D.P.R. (detenzione, importazione, esportazione, ricezione di sostanze stupefacenti per uso personale) che risultassero già condannati, anche se non definitivamente, per reati contro la persona, contro il patrimonio, per quelli previsti dal D.P.R. 309/90

e per quelli previsti dal codice della strada o, infine, che fossero attinti da una misura di prevenzione personale o di sicurezza.

Le suddette misure - consistenti nell'obbligo di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia o dell'Arma dei Carabinieri, nell'obbligo di rientrare nella propria abitazione entro una determinata ora e di non uscire prima di un'ora prefissata, nel divieto di frequentare determinati locali pubblici, l'obbligo di comparire in un ufficio, nell'obbligo di comparire in un ufficio o comando di polizia specificamente indicato negli orari di entrata ed uscita dagli istituti scolastici, nel divieto di condurre qualsiasi veicolo a motore - potevano essere irrogate, a discrezione del Questore, laddove dalle modalità di commissione delle condotte previste dall'art. 75 (detenzione di stupefacenti per uso personale) potesse derivare pericolo per la sicurezza pubblica e dovevano essere convalidate nelle successive 48 ore dal giudice di pace competente per territorio in relazione alla residenza dell'interessato.

L'art. 75-bis prevedeva ancora la possibilità di revoca e di modifica delle suddette misure da parte del Giudice di Pace, sentito il Questore, laddove vi fosse prova dell'esito positivo della sottoposizione al programma terapeutico di recupero previsto dal precedente art. 75 D.P.R. 309/1990 o, in ogni caso, su istanza dell'interessato.

Al comma sesto, infine, era prevista per la violazione di anche una soltanto delle suindicate particolari misure cautelari, la pena dell'arresto da tre a diciotto mesi.

L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale della questione poi positivamente accolta veniva emessa dalla Suprema Corte di Cassazione (Ordinanza n. 38561/2015) che era chiamata a decidere proprio su un ricorso avanzato avverso un provvedimento applicativo di misura ai sensi dell'art. 75-bis D.P.R. 309/90 emesso dal Questore di Alessandria e convalidato dal Giudice di Pace.

La Suprema Corte riteneva non manifestamente infondata la questione in riferimento all'art. 77 della Costituzione che si asseriva violato laddove l'art. 75 bis del D.P.R. 309/90 veniva inserito solo dall'art. 4-quater della legge di conversione del decreto-legge originario emesso in occasione delle Olimpiadi invernali di Torino che non conteneva alcun riferimento alla disciplina della detenzione per uso personale di sostanza stupefacente ma incideva su tale materia solo per ciò che riguarda-

va la disciplina della sospensione dell'esecuzione della pena per i tossicodipendenti recidivi sottoposti a programmi di recupero.

L'inserimento del suddetto articolo solo nella fase di conversione dell'originario decreto-legge violava l'art. 77, comma 2, della Costituzione nella misura in cui inseriva nella legge di conversione norme eterogenee all'oggetto e alla finalità del decreto-legge così spezzando il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza e della necessità del provvedere e i "provvedimenti provvisori con forza di legge".

La Corte rimettente sottolineava come medesima questione fosse stata sollevata e positivamente accolta dalla stessa Corte Costituzionale in riferimento agli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge di conversione del medesimo decreto legge sulle Olimpiadi che avevano apportato relevantissime modifiche alla disciplina sanzionatoria dello spaccio di stupefacenti prevista dall'art. 73 D.P.R. 309/90 eliminando la precedente differenziazione tra le cd. "droghe pesanti" e le cd. "droghe leggere".

La Corte remittente sottolineava come anche l'ordinanza n. 34/2013 della Corte Costituzionale avesse chiarito i limiti alla emendabilità dei decreti legge ribadendo che la legge di conversione è "funzionalizzata e specializzata" e non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore con la conseguenza che le Camere possono emendare il testo del decreto-legge nel rispetto del contenuto o della finalità del provvedimento governativo e, nel caso di provvedimenti governativi ab origine a contenuto eterogeneo, il limite all'introduzione di ulteriori disposizioni in sede di conversione è costituito dal rispetto della ratio ma che quando le norme introdotte in sede di conversione risultino del tutto estranee alla predetta ratio si registra uno scostamento intollerabile della funzione legislativa dal parametro costituzionale.

Nel caso di specie in relazione all'introduzione dell'art. 75-bis nel D.P.R. 309/1990 con la legge di conversione n. 251/2005 il rimettente riteneva non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale in relazione all'art. 77 della Costituzione laddove si introducevano una serie di misure di prevenzione consistenti in significative limitazioni della libertà personale applicabili a soggetti assuntori di stupefacenti per ragioni di pubblica sicurezza senza che il decreto originario contenesse alcun richiamo alla disciplina degli stupefacenti se non riguardo ai trattamenti terapeutici dei recidivi reiterati.

Sulla base delle precise e puntuali considerazioni del giudice a quo la Corte Costituzionale con la sentenza n. 94/2016 dichiarava la illegittimità costituzionale dell'art. 4-quater d.l. 30 dicembre 2005 n. 272 come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 21 febbraio 2006 n. 47 (cd Legge "Fini - Giovanardi) che introduceva l'art. 75-bis del D.P.R. 309/1990 ripercorrendo sostanzialmente le argomentazioni già spese in occasione della "nota" sentenza n. 32/2014 della corte costituzionale. Sottolineava, infatti, la Corte come la disposizione impugnata, aggiunta in sede di conversione, denotasse una palese estraneità rispetto ai contenuti e alle finalità del decreto-legge originario in violazione dell'art. 77, comma 2, della Costituzione per difetto del necessario requisito dell'omogeneità, in assenza di qualsivoglia nesso funzionale tra le disposizioni del decreto-legge e quelle, introdotte, con emendamento, in fase di conversione.

1.4 Sentenza n. 109/2016 della Corte Costituzionale

La questione affrontata dalla Consulta nella recente pronuncia n. 109/2016 attiene all'art. 75 D.P.R. 309/90 che disciplina la fattispecie della importazione, esportazione, acquisto, ricezione o detenzione a qualunque titolo di sostanza stupefacente per uso personale con la previsione di sanzioni di natura amministrativa consistenti nella sospensione della patente di guida, della sospensione del porto d'armi, del passaporto o del permesso di soggiorno per motivi di turismo o il divieto di conseguirlo se trattasi di cittadino extracomunitario per un periodo di tempo variante da due mesi ad un anno laddove trattasi di droghe cd. "pesanti" e da uno a tre mesi nel caso di droghe cd. "leggere".

La disposizione prevede che sia il Prefetto ad applicare le suddette sanzioni a seguito di accurati e precisi accertamenti sulla quantità e qualità della sostanza stupefacente in contestazione e dopo aver instaurato, in ogni caso, anche il contraddittorio con il soggetto interessato all'irrogazione delle eventuali sanzioni amministrative.

La Corte d'Appello di Brescia sollevava questione di legittimità costituzionale del suddetto art. 75 in relazione agli artt. 3, 13, comma 2, 25, comma 2, e 27, comma 3, della Costituzione nella parte in cui non includeva tra le condotte punibili con la sole sanzioni amministrative, ove finalizzate in via esclusiva all'uso personale della sostanza stupefacente, anche la coltivazione di piante di cannabis.

La Corte rimettente nel caso di specie riteneva non manifestamente infondata la questione sollevata in un processo dalla difesa di un soggetto condannato dal Tribunale di Brescia per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90 per aver coltivato nel garage della propria abitazione otto piantine di canapa indiana e per aver detenuto, nella propria camera da letto, 25 grammi di marijuana.

La Corte rimettente riteneva non manifestamente infondata la questione in relazione ad una possibile violazione dei principi di eguaglianza e di offensività del fatto laddove la normativa sugli stupefacenti censurata prevedeva trattamenti diversi per situazioni identiche o del tutto assimilabili.

In particolare si rilevava come la legge considerasse penalmente irrilevante la condotta di chi detenesse lo stupefacente a fini di consumo personale quale che fosse stato il comportamento pregresso che aveva originato tale detenzione ("comunque detiene") facendo rientrare tra i semplici illeciti amministrativi anche la detenzione di sostanza stupefacente derivante da piante coltivate (in precedenza) dallo stesso detentore.

Allo stesso tempo la legge, oltre che la granitica giurisprudenza di legittimità, consideravano quale condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 73 D.P.R. 309/90 la condotta di chi fosse stato sorpreso nell'atto della coltivazione nonostante il fine della coltura fosse l'uso personale.

La norma censurata avrebbe violato, altresì, il principio della necessaria offensività del fatto permeante il sistema penale italiano poiché la coltivazione di piante di cannabis finalizzata al consumo personale e non anche all'immissione della droga sul mercato risultava inidonea radicalmente a ledere i beni giuridici protetti dagli artt. 73 e ss. D.P.R. 309/90 che - come chiarito dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 9973/1998) - risultavano essere la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché il normale sviluppo delle nuove generazioni.

L'Avvocatura dello Stato interveniva nel giudizio davanti alla Corte Costituzionale sollevando eccezione di inammissibilità poiché - a suo dire - si richiedeva alla Consulta una sentenza additiva attraverso la riscrittura della norma censurata con conseguente violazione del principio di legalità.

La Corte Costituzionale con la sentenza in oggetto, pur respingendo l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato sulla base del principio che

L'ordinamento italiano preclude in materia penale alla Corte unicamente le sentenze additive in malam partem e non anche quelle in bonam partem, come nel caso alla sua attenzione, rigettava nel merito la questione.

La Corte ha sottolineato come la doglianza circa l'asserita violazione del principio di uguaglianza non sussiste poiché la condotta di chi detiene a fini di consuma stupefacente "auto coltivato" non è assorbita dall'illecito amministrativo della detenzione a fini personali ma rientra nella condotta di "coltivazione" penalmente rilevante estrinsecandosi nell'ultima fase della coltivazione stessa.

Sul punto della necessaria offensività astratta e concreta del reato la Corte sottolinea come rientri nella discrezionalità del legislatore la strutturazione di ipotesi criminose a tutela anticipata ovvero di reati di pericolo presunto nei quali non è necessario che i beni giuridici tutelati siano lesi ma è sufficiente che gli stessi siano messi in pericolo.

La Corte ha chiarito come la condotta di "coltivazione" anche per uso personale, sebbene rudimentale e non supportata da una architettura imprenditoriale, presenti in ogni caso la peculiarità di dare luogo ad un processo produttivo capace di autoalimentarsi e di espandersi, potenzialmente senza alcun limite predefinito, tramite la produzione di vegetali e che, come tale, possa essere legittimamente considerata dal legislatore lesiva del bene giuridico della salute pubblica tutelato dalla norma.

Ha ribadito, infine, come sotto il profilo dell'offensività in concreto della condotta spetti al giudice di merito questa valutazione e che laddove esso accerti la assoluta inidoneità della condotta alla messa in pericolo del bene tutelato dalla norma (salute pubblica, sicurezza pubblica, normale sviluppo delle nuove generazioni nel caso di specie) ne potrà in ogni caso dichiarare la non punibilità e ha conseguentemente dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata.

1.5 Ordinanza n. 1418/2016 della Corte di Cassazione

Degna di nota è la recentissima ordinanza n. 1418 del 13 dicembre 2016, depositata in data 12 gennaio 2017, con la quale la Suprema Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/90, nella parte in cui detta norma prevede la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni introdotta con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre

2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49, per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

La vicenda, a ben vedere, trae origine dalla sentenza del Gup del Tribunale di Imperia, emessa in data 22/04/2015, con la quale Chebby Walid viene condannato, all'esito del giudizio abbreviato, alle pene di legge in ordine a due violazioni dell'art. 73 d.P.R. n. 309/90, riqualificate ai sensi del comma 5 della stessa disposizione. All'imputato, infatti, è stata contestata sia la detenzione di 23 ovuli contenenti 10,07 grammi di eroina, sia la cessione continuata a due acquirenti, al primo da novembre a dicembre 2013, con cadenza di quattro volte a settimana (130 cessioni totali), ed al secondo da febbraio a marzo 2014, con cadenza di due o tre volte a settimana (140 cessioni totali), in ogni occasione di dosi di circa mezzo grammo di eroina, per il corrispettivo di Euro 40 ciascuna. Il giudice di prime cure ha riconosciuto la fattispecie della lieve entità sulla scorta di alcuni indici presuntivi, quali il modesto quantitativo delle singole dosi cedute di volta in volta, i modici ricavi ottenuti dalle cessioni, l'assenza di elementi che consentano di ritenere che l'imputato sia dedito in maniera stabile al traffico di stupefacenti. In aggiunta a ciò, ha ritenuto equivalenti le circostanze attenuanti generiche rispetto alla contestata recidiva, atteso lo stato di tossicodipendenza dell'imputato e del suo buon comportamento processuale.

Il PM ha impugnato la sentenza del Gup ritenendo, invece, non sussistenti i presupposti per inquadrare il reato nell'ipotesi lieve, in considerazione del fatto che l'imputato è stato trovato in possesso di un ingente quantitativo di eroina, pari a 3773 mg di eroina e contenuti in 23 ovuli, da cui erano ricavabili ben 150 dosi singole da 25 mg ciascuna. Inoltre, il medesimo ha posto in essere attività di smercio con modalità professionali ed è stato trovato in possesso della somma di € 195 in contanti, pur essendo sprovvisto di qualunque fonte lecita di reddito. In riferimento, poi, alle circostanze attenuanti generiche, la pubblica accusa ha ritenuto le stesse non concedibili in quanto l'imputato è un assuntore di stupefacenti e le dichiarazioni spontanee rese hanno avuto quale unico scopo quello di ottenere uno sconto di pena e non costituiscono il sintomo di un reale pentimento.

I giudici di legittimità, in accoglimento dei motivi proposti dal PM, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale, attesa la fondamentale importanza

della stessa ai fini della determinazione della pena da applicare al caso concreto.

Gli Ermellini, a ben vedere, hanno precisato che il comma 5 dell'art. 73, pur essendo una fattispecie autonoma di reato, continua ad essere configurabile in presenza di un'offensività minima della condotta, desumibile dal dato qualitativo, da quello quantitativo e da altri parametri previsti dalla norma e che attengono precipuamente ai mezzi ed alle modalità della condotta, con la conseguenza che, laddove anche uno solo di tali requisiti sia negativamente assorbente, qualsiasi altra precisazione non incide minimamente sul giudizio complessivo. Nel caso specifico, l'ingente quantitativo a disposizione dell'imputato ed il pericolo di diffusione della sostanza escludevano de plano la minima offensività del fatto, impedendo di ravvisare la fattispecie incriminatrice più favorevole al reo.

Nonostante l'esclusione dell'ipotesi di lieve entità, ad ogni modo, a parere dei giudici della Suprema Corte i fatti oggetto di causa non sono di particolare gravità ed appare assolutamente eccessiva l'applicazione di una pena minima di anni 8, risultante dalla reviviscenza del trattamento sanzionatorio previsto dalla originaria legge "Iervolino-Vassalli", con particolare riferimento alle droghe pesanti, in ragione della sentenza n. 32/2014 della Consulta, che ha sostituito in peius la pena minima di anni 6 prevista in precedenza dalla legge "Fini-Giovanardi".

Tale limite edittale, così determinato come conseguenza della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49, secondo il Collegio viola l'art. 25, comma 2, della Costituzione, il quale sancisce il principio della riserva assoluta di legge in materia penale.

Da siffatto principio ne deriva che nella materia penale il legislatore parlamentare, in quanto dotato della massima legittimazione democratica, è l'unico organo deputato a porre in essere interventi volti ad ampliare la portata di una disposizione normativa, ovvero ad inasprirne le relative sanzioni. Ciò determina che la declaratoria di incostituzionalità di una norma penale generale dal contenuto favorevole non risulta essere conforme alla previsione della riserva di legge ex art. 25, comma 2, della Costituzione. Secondo i giudici di legittimità, nello specifico, anche quei vizi procedurali che comportano una violazione dell'art. 77, comma 2, della Costituzione soccombono, in un ipotetico giudizio di bilanciamento fra valori di rango costi-

tuzionale, rispetto al principio della riserva di legge in materia penale, attesa l'importanza che lo stesso assume per il riflesso sulle libertà fondamentali di tutti i concitati.

E' la stessa giurisprudenza consolidata del Giudice delle Leggi a ritenere che, essendo riservata al legislatore parlamentare la possibilità di scegliere i fatti da sottoporre a pena ed alle relative sanzioni, tale prerogativa è preclusa alla Corte Costituzionale medesima, la quale non può creare nuove fattispecie criminose, né estendere quelle esistenti od incidere sugli aspetti che attengono al trattamento sanzionatorio. Allo stesso tempo, però, il principio di legalità non impedisce uno scrutinio di costituzionalità delle cd. norme penali di favore, anche quando comportino modifiche in malam partem. In particolare, infatti, ben può la Corte Costituzionale adottare decisioni ablative che abbiano ricadute dirette su norme che prevedono trattamenti più favorevoli, sottraendo categorie di soggetti od alcune tipologie di condotte all'applicazione di disposizioni a carattere generale. I provvedimenti suddetti non violano in nessun modo il principio della riserva di legge, limitandosi semplicemente ad eliminare dall'ordinamento giuridico la disposizione incostituzionale, con la logica conseguenza della riespansione della norma precedente a prescindere se dalla stessa derivino conseguenze più o meno gravi.

Il Collegio, pertanto, ritiene che le uniche norme penali di favore, suscettibili di essere sottoposte al vaglio di costituzionalità, sono quelle che introducono una disciplina speciale che coesiste, nel sistema penale, con una disciplina generale. In concreto, tali norme sottraggono specifiche classi di soggetti o particolari condotte all'applicazione di norme di legge comuni, determinando di fatto un trattamento privilegiato, con la previsione di ingiustificati esoneri da sanzioni od assoggettamenti a risposte sanzionatorie più miti.

Alla luce di quanto sinora affermato, ed in conformità con i principi espressi dalla giurisprudenza della Consulta, non sono ammissibili, invece, pronunce di costituzionalità in malam partem riguardanti una norma, come l'art. 4-bis, attraverso la quale il legislatore è intervenuto per modificare il regime sanzionatorio, abbassando il minimo della pena detentiva minima da 8 a 6 anni per le droghe pesanti. Questa valutazione, tesa a modulare la sanzione rispetto alle condotte in materia di stupefacenti, spetta esclusivamente al Parlamento, detentore del potere legislativo, che

è l'unico soggetto legittimato ad intervenire concretamente nelle scelte di politica criminale.

In conclusione, pertanto, la Costituzione affida al principio della riserva di legge un ruolo fondamentale che non può essere derogato nemmeno in presenza di vizi procedurali nella formazione delle leggi, come nel caso di specie e con specifico riferimento all'art. 77, comma 2, della Carta Fondamentale, in quanto costituisce il risultato dell'esercizio legittimo del potere del Parlamento. Si tratta, a ben vedere, di operare un bilanciamento tra principi costituzionalmente garantiti, a seguito del quale la previsione contenuta nell'art. 25, comma 2, della Costituzione deve trovare piena attuazione, perché connesso alla salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini.

Nel caso di specie, a parere dei giudici della Cassazione, la reviviscenza della disciplina precedentemente vigente a seguito della incostituzionalità dell'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 275 violerebbe proprio la riserva di legge, prevalente rispetto al vizio ex art. 77, comma 2, della Costituzione.

Nell'ordinanza in questione, tra i motivi posti alla base del sindacato di legittimità costituzionale, il Collegio ha, altresì, incentrato l'attenzione sull'attuale pena minima edittale prevista dall'art. 73 d.P.R. n. 309/90, ritenendola incostituzionale per difetto di ragionevolezza. Infatti, ancorché non sussistano dubbi sulla circostanza che la determinazione della forbice edittale di una fattispecie criminosa sia di competenza del legislatore, appare *ictu oculi* evidente la sproporzione che sussiste tra la pena prevista dal comma 1 e quella sancita nel successivo comma 5, in violazione degli artt. 3 e 27 della Costituzione.

Ed invero, i giudici remittenti ritengono che la previsione della pena minima di 8 anni non sia il risultato di una scelta effettuata nell'esercizio delle funzioni del Parlamento, che anzi aveva abbassato il minimo a 6 anni, ma è frutto della declaratoria di incostituzionalità incidente in maniera negativa sul trattamento sanzionatorio più mite.

Il paradosso è che, mentre la linea di demarcazione tra il comma 1 ed il comma 5 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/90 è labile e spesso non così pacifica, la forbice edittale dell'una e dell'altra incriminazione è oltremodo distante ed irragionevole.

Ma vi è di più. Allo stato attuale, nell'ordinamento vi è una sostanziale disparità di trattamento tra le condotte lievi e quelle non lievi, in quanto le prime sono as-

soggettate ad un regime sanzionatorio unitario per le due categorie di sostanze stupefacenti comprese rispettivamente nelle tabelle I e III da un lato e II e IV dall'altro, mentre per le seconde è previsto uno iato edittale di ben due anni per le droghe pesanti, la cui pena è da 8 a 20 anni e da due a sei anni per quelle leggere.

Per tali ragioni, la Suprema Corte di Cassazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'attuale art. 73 d.P.R. n. 309/90 con particolare riferimento alla pena minima prevista per le droghe pesanti, ossia di 8 anni, proponendo di ripristinare la statuizione del legislatore del 2006, il quale aveva comminato una pena di anni 6 per tutte le tipologie di droga e, quindi, anche per quelle pesanti. Rimane, invece, esclusa dal sindacato la quantificazione della pena pecuniaria, dal momento che dalla sentenza n. 32/2014 della Consulta è derivato un effetto in melius, passando da € 26.000 ad € 25.822 di multa.

LA FECONDAZIONE ETEROLOGA

1 *La declaratoria di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa a seguito della sentenza n.162/2014 Corte Costituzionale*

Le questioni attinenti la bioetica rappresentano, oramai, crocevia ineludibile del dibattito giuridico e politico, nel tentativo di dirimere le intricate matasse del rapporto tecnica/vita.

Nell'ambito di tematiche delicate attinenti il momento di inizio e fine vita, il concetto di morte cerebrale, l'utilizzo delle cellule staminali, l'interruzione di gravidanza e la fecondazione assistita, il contributo del diritto non può e non deve essere ridotto alla legge ma deve rappresentare il risultato dell'esperienza giuridica, in una costante correlazione tra diritto naturale e diritto positivo, dove è il diritto stesso che deve assurgere ad espressione di vita.

Un grande filosofo del diritto e giurista, Giuseppe Capograssi, ha affermato che lo Stato è espressione di forze estranee all'individuo che lo sottopongono a quello che egli in apparenza non vuole. In realtà tali forze estranee non fanno altro che ricondurre l'individuo al suo vero volere, a *"rivelargli il vero oggetto del suo atto di volontà, il vero fine a cui esso si riduce, e, che, per la singolare struttura della sua vita, smarrisce lungo il lavoro del suo sforzo"*.

Caratteristica del diritto è la costante evoluzione affinché esso possa risultare sempre idoneo a regolare la società nei diversi momenti storici.

Se ci limitassimo a studiare una Legge estrapolandola dal contesto storico di riferimento, probabilmente molte di queste apparirebbero agli occhi di una società in continua evoluzione, prive di un significato logico e addirittura aberranti.

Protagonista di un annoso dibattito bioetico iniziato nella metà degli anni 70', è stata proprio la fecondazione eterologa, dibattito che, tra posizioni nettamente contrapposte, si è pensato per lungo tempo di sedare attraverso un intervento legislativo limitato alle questioni più urgenti e, soprattutto, rispetto alle quali si fosse raggiunta una sufficiente concordanza di opinioni.

Questo fino ai primi mesi del 2015, quando, a quasi undici anni dall'entrata in vigore della Legge 40 del 2004 sulla Procreazione Medicalmente assistita, nascevano in Italia i primi due bambini concepiti tramite tecniche di fecondazione eterologa.

Si tratta di un risultato reso possibile dalla Sentenza n.162/2014 della Corte Costituzionale che ha sancito, in ossequio ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 31 della Costituzione, il diritto delle coppie con problemi di sterilità ovvero infertilità irreversibili, di ricorrere anche in Italia alle tecniche di fecondazione eterologa, quale espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi.

Prima del 2004 in Italia era, infatti, possibile ricorrere alla fecondazione eterologa a patto che il donatore restasse anonimo e che la donazione di ovuli o spermatozoi non avvenisse dietro corrispettivo; questo, però, fino all'entrata in vigore della Legge 40/2004 che, nell'ambito di un riordino della Normativa in materia ed al fine di scongiurare i pericoli insiti nell'eugenetica, avrebbe vietato il ricorso alla fecondazione eterologa.

La Legge 40, in particolare, incontrò fin da subito l'opposizione dei Radicali e dei partiti laici di centro-sinistra, promotori di un Referendum per l'abrogazione della Normativa, Referendum risoltosi, però, in un nulla di fatto per mancato raggiungimento del quorum.

Dall'aprile del 2014 qualcosa però è cambiato: la Corte Costituzionale, con Sentenza n.162/2014, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, ponendo fine ai numerosi viaggi di migliaia di coppie con problemi di sterilità o infertilità irreversibili che erano state costrette fino a quel momento a recarsi all'estero per avvalersi delle tecniche di procreazione assistita.

La fecondazione eterologa è una forma di procreazione medicalmente assistita che consiste in un programma di fecondazione in vitro utilizzando gameti, spermatozoi od ovociti estranei alla coppia interessata alla nascita.

In particolare, con la Sentenza n.162/2014 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3, Legge 40/2004, nella parte in cui stabiliva per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora fosse stata diagnosticata una patologia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili; articolo 9, commi 1 e 3, Legge 40/2004, limitatamente al richiamo fatto dallo stesso al predetto divieto, e articolo 12, comma 1.

In particolare, la vicenda che ha reso possibile un tale esito trae origine da una decisione non definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In tale decisione la Corte di Strasburgo ritenne che la Legge Austriaca sulla fecondazione medicalmente assistita si ponesse in antitesi ai principi della CEDU, posto che consentisse il ricorso alla tecnica eterologa soltanto mediante l'impiego di gameti maschili e unicamente in vivo e non anche in vitro.

La Corte di Strasburgo ebbe modo di chiarire come le norme CEDU certo non vincolassero il legislatore nazionale a riconoscere un diritto di accesso alle tecniche di procreazione assistita ma, dal momento in cui una Legge avesse ammesso il ricorso alla procreazione artificiale, l'interesse della coppia ad accedervi si sarebbe dovuto ricondurre nell'ambito della tutela della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della CEDU, con la conseguenza che eventuali divieti di accesso a determinate tecniche si sarebbero posti quali discriminatori ai sensi dell'art. 14 CEDU.

Proprio a seguito di tale pronuncia, numerose coppie italiane iniziarono ad adire i competenti giudici nazionali affinché, in via cautelare, disponessero la disapplicazione del divieto di cui all'art. 4, comma 3, Legge 40/2004, in quanto contrastante con le norme CEDU, e ordinassero a medici e strutture ospedaliere di procedere agli interventi di fecondazione eterologa richiesti.

Parallelamente si chiedeva di sollevare questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.

Quanto al giudizio dinanzi la Corte di Strasburgo, se è vero che intanto era proceduto parallelamente, opposti però sarebbero stati gli esiti cui si sarebbe pervenuti.

A seguito della decisione dell'Aprile 2010 il Governo austriaco aveva, infatti, presentato istanza di riesame, con la controversia che era stata deferita alla Grande Camera che, con decisione opposta alla precedente, avrebbe escluso qualsiasi contrasto tra le norme CEDU ed i divieti di fecondazione eterologa contenuti nella Legge austriaca.

Mossasi inizialmente lungo la stessa linea argomentativa seguita dalla Corte di Strasburgo, la Corte Costituzionale sarebbe però approdata ad esiti opposti, riconoscendo l'irragionevolezza della scelta del Legislatore italiano di vietare la fecondazione eterologa.

In particolare, il ragionamento seguito dalla Consulta muove dal concetto di famiglia che, inevitabilmente, include la scelta di avere figli, quale diritto fonamen-

tale della coppia, rispondente ad un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dagli artt. 3 e 31 Cost..

Posto che, obiettivo della Legge 40/2004 dovesse essere quello di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità e dall'infertilità della coppia mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, proprio il divieto sancito all'art. 4, comma 3, della Legge de qua avrebbe comportato un vulnus a detti obiettivi, a fronte di un trattamento discriminatorio ed irragionevole riservato alle coppie con limiti di procreazione a seconda del tipo di patologia da cui fossero state afflitte.

Nonostante le indubbie diversità tra fecondazione omologa ed eterologa la Corte ha sottolineato come *"l'esame comparato delle due situazioni evidenzia comunque nel confronto tra le condizioni delle due categorie di coppie infertili una loro sostanziale sovrapposibilità, pur in assenza di coincidenza di tutti gli elementi di fatto"*.

In particolare, ad un identico limite rappresentato dall'infertilità e sterilità di coppia, deve corrispondere un analogo diritto di accedere alla migliore tecnica medico-scientifica in vista del superamento di una causa patologica debitamente accertata.

Le questioni toccano certamente temi eticamente sensibili dove un ragionevole punto di equilibrio non sempre è stato di facile e pacifica individuazione.

E' noto come le sentenze della Corte Costituzionale siano per loro natura inappellabili, tuttavia questo non vuol dire che siano esenti da valutazioni e, perché no, anche critiche.

In un passaggio della Sentenza, la Corte arriva a sostenere che la procreazione medicalmente assistita possa essere accostata per analogia all'istituto dell'adozione dove la provenienza genetica è certamente diversa dall'appartenenza sociale.

Preme sottolineare come una differenza radicale caratterizzi l'adozione rispetto alla procreazione medicalmente assistita, considerato che l'adozione si pone a garanzia di una famiglia per il minore che ne sia privo mentre la procreazione medicalmente assistita garantisce un minore a quelle coppie con problemi di sterilità o infertilità irreversibili.

Altro rischio è quello di porre al centro della questione un vero e proprio "diritto al figlio", dimenticando che la persona è soggetto di diritto e mai oggetto.

Imprescindibile è un bilanciamento tra diritti della coppia e diritti del figlio proveniente da fecondazione eterologa, attraverso regole precise che possano tracciare

bene i contorni delle tecniche di procreazione assistita, quali tecniche che necessariamente devono essere socialmente, prima ancora che giuridicamente, legittime; in particolare, garantendo limiti precisi di età dei donatori ed appositi esami di screening cui sottoporre gli stessi, assicurando la gratuità e volontarietà della donazione, il rispetto della somiglianza tra genitori e figli attraverso la compatibilità tra caratteristiche fenotipiche del donatore e quelle della coppia ricevente.

A maggior ragione nell'attuale momento storico, sociale e culturale caratterizzato dal continuo progresso in ambito tecnico-scientifico, occorre prendere coscienza del fatto che, oggi, ad apparire molto più "artificiale" sia l'imposizione di un modello di procreazione esclusivamente basato su un concetto di genitorialità biologicamente naturale, considerate le sempre nuove opzioni riproduttive offerte dalla tecnica.

Concordemente con quanti ritengono che la responsabilità genitoriale, prima ancora che dal fatto biologico, discenda dalla volontà della coppia di farsi carico della cura del nato, ritengo parimenti necessario ribadire, a gran voce, il bisogno imprescindibile di muovere, pur sempre, dalla tutela del nato a vedersi riconosciuta una condizione personale e relazionale tale da garantirgli un sereno ed armonioso sviluppo della propria personalità.

In tal senso, il diritto non può essere relegato ad una funzione meramente accessoria rispetto al progresso tecnico-scientifico; pertanto, non involucro atto ad inglobare ogni scelta tecnicamente possibile ma frutto di una valutazione ponderata da parte del Legislatore, onde poter valutare ogni opzione riproduttiva alla stregua dei valori fondanti il nostro Ordinamento.

LA RICONDUZIONE AD UNITARIETÀ E COERENZA DELLA LEGGE 40/2004 A SEGUITO DELLA SENTENZA N. 96/2015 CORTE COSTITUZIONALE

Non sarà, certamente, sfuggito all'occhio attento e sensibile del giurista come la famiglia, quale primigenia forma di aggregazione, sia diventata, oramai, strumento cardine di fusione tra fattore umano e sociale.

Ineluttabile è, pertanto, un intervento normativo che appresti forme di tutela sempre attuali, onde poter rispondere alle nuove istanze sociali; il tutto, muovendo dalla costante ricerca di un nesso tra la felicità privata e la felicità pubblica.

La realtà sociale è, fisiologicamente, una realtà che sconta l'influenza di logiche e credenze morali, politiche e giuridiche; è, pertanto, il ricorso alle clausole generali, tra cui, soprattutto, quella contenuta nell'art. 2 della Costituzione, definito "*la clausola generale della tutela della personalità*", che deve rappresentare strumento privilegiato per il giurista in vista di un'integrazione del sistema normativo che possa muovere nella direzione della compiuta attuazione della tutela del valore della persona umana.

Soltanto in tale ottica e nell'equo bilanciamento dei principi in gioco, si potrà ritenere legittimo l'intervento sulla persona e sul processo di vita dell'essere umano, quale intervento necessariamente dettato nell'esclusivo interesse della vita e della salute della persona stessa.

Riconducendo, definitivamente, a piena coerenza ed unitarietà il sistema, la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta sulla Legge 40/04, uniformando il diritto delle coppie fertili, ma portatrici di patologia genetica trasmissibile, con quello riconosciuto alle coppie che, in presenza delle medesime patologie, sono legittimate a ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza dopo il terzo mese, per effetto della Legge 194/78.

Nell'ambito di una gerarchia dei diritti fondamentali della persona che vede al vertice la tutela della salute e del diritto di procreare e costituire una famiglia senza

indebite ed ingiustificate ingerenze, irragionevole ed illogica apparirà quella previsione normativa che, a parità di condizioni, non consentendo, dapprima, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi genetica di pre-impianto, farà salvo, invece, il diritto di ricorrere alle comuni diagnosi pre-natali e all'aborto.

Due coppie, entrambe portatrici di patologie genetiche, dopo una gravidanza terminata con un'interruzione volontaria, si erano, rispettivamente, rivolte ad apposite strutture sanitarie per chiedere di poter accedere alla fecondazione medicalmente assistita, onde poter conoscere lo stato di salute dell'embrione prima del trasferimento in utero; sulla scorta, però, di un'interpretazione e conseguente applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 14, comma 5 e 6, e 13 della Legge 40/04, limitata a quelle coppie infertili o sterili, veniva loro negato l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi genetica di pre-impianto.

Entrambe le coppie decidevano, quindi, di rivolgersi al Tribunale ordinario di Roma, aprendo di fatto la strada ad una definitiva riconduzione a costituzionalità del rigido sistema sul quale si era fino a quel momento retta la normativa in materia di procreazione medicalmente assistita.

I Giudici del Tribunale di Roma, con due ordinanze dal contenuto identico, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge 40 del 2004, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 della Costituzione, oltre che con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU.

Sulla scia della sentenza n.162/2014, che aveva dichiarato l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, la Corte Costituzionale, investita di un nuovo giudizio di costituzionalità, accoglierà *in toto* le ragioni dei ricorrenti, confermando la gerarchia dei diritti fondamentali della persona, con al vertice la tutela del diritto alla salute della donna, e censurando l'irragionevolezza ed illogicità di una limitazione dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita nei confronti di quelle coppie fertili ma portatrici di malattie geneticamente trasmissibili.

Il divieto *de quo*, è stato, innanzitutto, censurato sotto il profilo dell'ingiustificato vulnus ai diritti inviolabili della persona, in evidente contrasto con l'art. 2 della Costituzione; mantenendo il divieto di accesso alle suddette procedure, si andrebbe, infatti, a ledere irrimediabilmente il diritto della coppia di autodeterminarsi nelle scelte procreative;

ancora, la Consulta ha rilevato il contrasto con l'art. 3 della Costituzione, da intendersi quale principio di ragionevolezza e diretto corollario del principio di uguaglianza, a fronte di un'irragionevole limitazione del diritto alla salute della donna che neppure troverebbe giustificazione in un equo bilanciamento con l'esigenza di tutela del nascituro, posto che quest'ultimo sarebbe pur sempre esposto al ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza;

sempre in applicazione del principio di ragionevolezza, la Consulta ha rintracciato un contrasto con l'articolo 3 della Costituzione, dal momento che il suddetto divieto determinerebbe una discriminazione tra coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili, e coppie in cui l'uomo risulti affetto da malattie virali contagiose per via sessuale alle quali è, appunto, riconosciuto dal decreto del Ministero della Salute 11 aprile 2008 (Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita), il diritto di ricorrere alle tecniche previste dalla Legge 40/04;

ha rilevato, altresì, la Corte Costituzionale, un contrasto con l'art. 32 della Costituzione, in termini di maggiori rischi per la salute fisica e l'integrità psichica della donna che si troverebbe a dover affrontare una gravidanza, per poi vedersi costretta a ricorrere, una volta accertata la trasmissione della malattia genetica, ad un aborto terapeutico;

infine, un contrasto con l'art. 117 della Costituzione, in relazione agli artt. 8, quale diritto al rispetto della vita familiare, e 14, sul divieto di discriminazione, della CEDU, concretizzandosi non soltanto un'indebita ingerenza nella vita familiare delle coppie portatrici di malattie ereditarie ma, altresì, determinandosi una discriminazione sotto il profilo del richiamato art. 3 Cost.

Sulla scorta della sentenza 162/2014, la Corte Costituzionale, con sentenza 96/2015, ha, pertanto, provveduto a declinare, in termini più pregnanti e specifici, la fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi della coppia che necessariamente deve spingersi fino ad includere la scelta di procreare un figlio non affetto dalla patologia ereditaria di cui la stessa risulti portatrice.

In particolare, nell'iter argomentativo seguito, la Corte Costituzionale ha posto in rilievo la "palese antinomia normativa" con la legge 194 del 1978 che consente alle coppie, al fine di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, l'interruzione volontaria, anche reiterata, di gravidanze naturali.

Ciò posto, erano, pertanto, da ritenersi incostituzionali quelle disposizioni della legge 40/2004 che, di fatto, impedivano un'anticipazione della tutela della salute della donna, non permettendole di acquisire "prima" una consapevolezza e, conseguentemente, esponendola "dopo" alla decisione, ben più dolorosa e pregiudizievole per la sua salute, di interrompere la gravidanza.

Il fine esclusivo, ha precisato la Corte Costituzionale, resta quello dell'individuazione preventiva di embrioni cui sia stata trasmessa la malattia del genitore, alla stregua, pur sempre, del medesimo parametro normativo di gravità stabilito all'art. 6 della legge 194/1978, secondo cui *"l'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna"*.

La Corte Costituzionale ha chiarito, quindi, che, affinché si possa concretizzare un vulnus al diritto alla salute della donna, deve trattarsi di gravi patologie geneticamente trasmissibili; resta fermo, pertanto, il richiamo all'art. 6 lett. b) legge 194/78, che, pur non elencando le patologie genetiche e cromosomiche che consentono l'accesso all'aborto terapeutico, rinvia all'opportuna valutazione del medico.

Vige, dunque, una sostanziale equiparazione tra embrione malato che non deve essere trasferito e feto malato che può essere abortito, in applicazione del criterio normativo di gravità sancito all'art. 6 L. 194/78.

In tal senso, la Corte Costituzionale ha, altresì, auspicato un'individuazione periodica, attraverso norme tecniche di dettaglio e linee guida aggiornate provenienti dal Ministero della Salute, di quelle patologie che, nonostante l'evoluzione tecnico-scientifica, possano giustificare, in base al suddetto criterio di gravità, l'accesso alla procreazione medicalmente assistita e alle correlate procedure di accertamento, tra cui la preliminare sottoposizione alla diagnosi pre-impianto.

Con la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n.40/04, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), legge n.194/1978, la Corte Costituzionale ha compiuto un ulteriore passaggio nella metamorfosi della legge 40/2004, sancendo una volta per tutte *"l'insupera-*

bile aspetto di irragionevolezza nell'indiscriminato divieto all'accesso alla procreazione assistita, con diagnosi pre-impianto, da parte di coppie fertili affette, anche come portatrici sane, da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili, secondo le evidenze scientifiche, di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni".

Ancora una volta, quindi, il ricorso ai diritti umani, attorno ai quali è stato costruito l'edificio costituzionale, ha fatto sì che venisse riconosciuta la precedenza sostanziale della persona umana, intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni, rispetto allo Stato, riconoscendo, al contempo, la destinazione di questo al servizio della stessa e sancendo l'indisponibilità della persona e della famiglia.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE NR. 162/14

La nostra analisi sulla fecondazione eteronoma muove dall'esigenza di approfondire dettagliatamente, attraverso la puntualizzazione dell'iter normativo con cui tale fenomeno si è insediato in Italia, le problematiche di natura giuridica ed etica da questo scaturenti, fornendo altresì una comparazione con gli altri Stati appartenenti all'Unione Europea.

Pare opportuno, in un primo momento fornire una definizione di fecondazione eteronoma. Questa è una forma di procreazione medicalmente assistita che consiste in un programma di fecondazione in vitro utilizzando gameti, spermatozoi od ovociti estranei alla coppia interessata alla nascita.

Il motivo che oggi spinge tante coppie all'utilizzo di tale tecnica, si rinviene nella sterilità dell'uno o dell'altro partner, ossia nell'impossibilità di procreare. Con tale trattamento, infatti, si tenta di arrivare alla gravidanza utilizzando gli ovuli, gli spermatozoi o i gameti di un donatore.

Oggi in Italia la fecondazione eterologa è realizzata con tre diverse tecniche. La tecnica di primo livello consiste nell'inserimento di liquido seminale nella cavità uterina.

La tecnica di secondo livello prevede interventi più invasivi quali la Fivet, fertilizzazione in vitro con trasferimento di embrioni, e l'Icsi, inserimento di un singolo spermatozoo direttamente, tramite a una micro pipetta, nell'ovocita.

La tecnica di terzo livello è quasi inutilizzata e prevede la fecondazione in vivo tramite anestesia totale da parte della donna.

Per accedere alla fecondazione eterologa è necessario rivolgersi ad un centro specializzato che effettuerà tutta una serie di esami di verifica di infertilità assoluta di almeno uno dei partner. Per quanto riguarda la donna, ad esempio, si giustifica la fecondazione in vitro eterologa nei seguenti casi: abortività ripetuta, patologie genetiche di coppia, età materna avanzata, falliti tentativi di fecondazione in vitro, riduzione drastica della riserva ovarica.

I richiedenti devono essere maggiorenni, conviventi in modo stabile o sposati.

I donatori possono essere gli uomini tra i 18 e i 40 anni e le donne tra i 20 e i 35 anni. I risultati migliori si ottengono con ovociti di donne con età compresa tra i 25 e i 32 anni. Le regole fondamentali per i donatori sono le seguenti: anonimato, tracciabilità del materiale biologico utilizzato, gratuità o rimborso spese, impossibilità di donare per più di sei volte o al massimo dieci bambini nati dalla stessa donatrice. La scelta delle donatrici avviene tenendo conto della compatibilità dei gruppi sanguigni e delle caratteristiche somatiche di chi riceve.

Per questo motivo il neonato avrà lo stesso fenotipo della coppia ricevente.

Compiuti i 25 anni si potrà conoscere l'identità del genitore biologico, se il donatore acconsentirà alla richiesta. Le percentuali di successo della fecondazione eterologa sono molto elevate. Secondo alcuni studi esse sono le seguenti: 65% di gravidanze dopo il trasferimento di soli due embrioni, percentuale di aborto non superiore al 10-15 %, percentuale di bambini nati del 50- 55%, tasso di gemellarità intorno al 10- 15%.

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale, anche le strutture pubbliche stanno eseguendo questo trattamento, il cui prezzo del ticket varia da regione a regione.

In ogni caso, la possibilità di far ricorso alla fecondazione eterologa presso il Sistema sanitario nazionale gratuitamente o tramite ticket è possibile solo per donne riceventi che abbiano meno di 43 anni e per un massimo di 3 cicli.

È comunque ovviamente possibile rivolgersi, sempre in Italia, anche a strutture private.

In tal caso i costi oscillano tra i 2500 euro e 3000 euro nelle cliniche private.

Si segnala che all'estero i prezzi della fecondazione eterologa possono essere più alti come nel caso della Spagna, dove essi si aggirano intorno ai 5000-6000 euro o più bassi come, in generale, nei paesi dell'Europa dell'Est (anche se in paesi come Polonia e Repubblica Ceca un trattamento può costare intorno i 4000-5000 euro). I prezzi sono destinati a calare nel tempo, nonostante la crescente qualità del trattamento.

In Italia, la normativa di riferimento in materia di fecondazione assistita è rappresentata dalla legge numero 40 del 19 febbraio 2004, così come modificata dalla sentenza della Corte Costituzionale del 9 aprile del 2014.

Tale legge, dopo aver sancito i principi generali in materia di procreazione medicalmente assistita, detta le disposizioni che regolamentano l'accesso alle tecniche, quelle che sono imprescindibili per la tutela del nascituro e dell'embrione e quelle che identificano i criteri che devono rispettare le strutture autorizzate all'applicazione delle tecniche di procreazione. Il tutto senza dimenticare di chiarire quali divieti generali vigono per la fecondazione assistita e quali sanzioni sono poste a loro presidio.

Nella sua originaria formulazione, la legge 40 vietava nel nostro paese il ricorso alla fecondazione eterologa, consentendo solo la procreazione medicalmente assistita con l'utilizzo di ovuli, spermatozoi o gameti dei partner interessati.

Tale divieto, tuttavia, è stato superato dalla sentenza numero 162/2014, sulla quale ci soffermeremo in maniera dettagliata, con la quale la Consulta ha, appunto, dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4, comma 3 (nella parte in cui stabilisce per la coppia il divieto del ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili), 9, commi 1 e 3 (limitatamente al richiamo fatto dallo stesso al predetto divieto) e 12, comma 1, della legge 40.

Tale sentenza, assume un importante valore storico, poiché procede a riaffermare la portata costituzionale del diritto alla procreazione e ad ampliarne i confini di liceità.

Nel primo semestre del 2013, i Giudici di Milano, Catania e Firenze, dopo l'ordinanza n. 150/2012 con cui la Consulta aveva restituito gli atti ai giudici a quibus, hanno riproposto le questioni di costituzionalità relative al divieto in esame - sollevate, in prima battuta, dai medesimi Tribunali tre anni prima - tenendo conto della sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 3 novembre 2011 che, aveva affermato che non vi fosse alcuna violazione degli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, da parte dell'art. 3, comma 1, dell'Artificial Procreation Act austriaco del 1992, che vieta il ricorso alla fecondazione eterologa.

Così, i Tribunali di Catania e Firenze hanno fondato le eccezioni di legittimità costituzionale esclusivamente sulla violazione dei parametri costituzionali «interni», ritenendo che, in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo, non avrebbe potuto essere più configurabile alcun conflitto tra i divieti contenuti nella legge

40 e l'art. 117 della Costituzione. Il Tribunale di Milano, invece - oltre a ravvisare il contrasto delle norme nazionali con gli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 - ha denunciato la violazione dell'art. 117, poiché, a parere del giudicante, continuerebbe a permanere il contrasto delle disposizioni interne con gli articoli 8 e 14 della CEDU: la stessa Corte di Strasburgo, nonostante la sua pronuncia di rigetto, ha infatti riconosciuto che il settore della procreazione medicalmente assistita, in quanto influenzato dalla continua evoluzione del consenso sociale e della scienza, ha bisogno di essere costantemente rivisto dai legislatori nazionali e che, pertanto, tali mutamenti potrebbero avere delle ripercussioni sull'esito di un eventuale ulteriore giudizio concernente le medesime questioni in relazione al rispetto del diritto alla vita privata e familiare dei cittadini.

Poste queste necessarie premesse, la nostra Corte costituzionale ha fondato la declaratoria di illegittimità costituzionale esclusivamente sulla violazione dei parametri «interni»: gli articoli 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

Con riguardo all'inquadramento del diritto alla procreazione all'interno della tutela costituzionale della famiglia, la Consulta ha ravvisato una violazione degli artt. 2, 3 e 31, in combinato disposto, dato che il divieto di realizzare la fecondazione eterologa collide con il diritto, che a tutti deve essere egualmente garantito, di «diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli», espressione anche del diritto all'autodeterminazione individuale. In tale direzione, la Corte, ha sottolineato come «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione». Per questa ragione, non è ritenuto ammissibile alcun limite all'esercizio del diritto a procreare, a meno che non sia giustificato dalla necessità di tutelare altri diritti costituzionali del medesimo rango.

La sentenza, rilevando il contrasto tra il divieto della fecondazione eterologa e l'art. 32 della Costituzione, ha evidenziato che il concetto di salute rilevante nel contesto della procreazione medicalmente assistita sia quello di "salute psichica", poiché sarebbe fuori discussione che «l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA di tipo

eterologo, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia», nell'accezione predetta. In tale direzione, il Giudice delle Leggi ha ribadito che «gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti»: basti pensare a tutte quelle norme che, negli ultimi quaranta anni, hanno consentito quegli interventi di menomazione fisica finalizzati al raggiungimento di un equilibrio psichico dell'individuo, come il cambiamento di sesso (legge n. 164/1982), l'interruzione della gravidanza (legge n. 194/1978) e la sterilizzazione volontaria (inizialmente vietata dall'art. 552 del codice penale, poi abrogato dalla predetta legge n. 194/78). Nel suo percorso argomentativo, la Corte ha richiamato quanto affermato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel suo atto di costituzione del 1946, secondo cui «Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano».

Anche con riguardo al diritto alla salute di ciascun individuo, la Corte - dopo aver riaffermato l'autonomia del medico nell'adozione delle scelte terapeutiche, fermo il consenso del paziente, ha poi rimarcato la necessità di bilanciarne la tutela con altri interessi costituzionali dello stesso rango, eventualmente con esso confliggenti.

Accertato il contrasto del divieto di fecondazione eterologa con i predetti valori costituzionali, la Corte si è spinta poi a individuare l'esistenza di controinteressi di livello costituzionale che renderebbero necessario il divieto, così da valutare se il legislatore abbia proceduto a un ragionevole bilanciamento tra mezzi e fini secondo la prospettiva del giudizio di proporzione in senso lato, ovvero di ragionevolezza, «svincolato da una normativa di raffronto».

Stabilito che l'unico controinteresse configurabile sia «quello della persona nata dalla PMA di tipo eterologo, che, secondo l'Avvocatura generale dello Stato, sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia della violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica», la Consulta si è spinta ad accertare se il divieto assoluto della fecondazione eterologa costituisca l'unico mezzo per garantirne la tutela.

La Consulta ha poi passato in rassegna quelle disposizioni della legge n. 40/2004 che disciplinano alcuni rilevanti profili connessi alla PMA in generale e alla PMA eterologa in particolare, mostrando come esse, anche in seguito alla dichiarazione

di incostituzionalità del divieto, appresterebbero comunque un'adeguata tutela agli interessi giuridici del nascituro.

La disciplina sulla prestazione del consenso informato, apprestata dall'art. 6, risulta applicabile anche ai fini della realizzazione di tecniche procreative di tipo eterologo poiché essa, «una volta venuto meno, il censurato divieto - riguarda evidentemente anche la tecnica in esame, in quanto costituisce una particolare metodica di PMA».

Stessa sorte, ovviamente, anche per l'art. 7, che prevede l'emanazione periodica di Linee Guida «contenenti l'indicazione delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», vincolanti per le strutture autorizzate a eseguire interventi di PMA, e per gli artt. 10 e 11, che stabiliscono rispettivamente la necessità dell'autorizzazione predetta e l'istituzione di un registro nazionale delle strutture autorizzate.

La Corte si è soffermata poi su quelle disposizioni della legge 40 che, garantiscono la stabilità parentale del nato da fecondazione eterologa. Circa il pregiudizio che il nascituro subirebbe a causa della dissociazione delle genitorialità genetica da quella sociale, la Corte ha chiarito che anche l'art. 8 presenta un generico riferimento ai soggetti «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita», e ribadito che la PMA eterologa costituisce «una species del genus». Dunque, anche i nati a seguito di un intervento di fecondazione eterologa, «hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'articolo 6», come appunto disposto dall'art. 8.

Soprattutto l'art. 9, poi, è utile a dirimere i contrasti circa l'incertezza dello stato giuridico del nato e dei suoi rapporti con i genitori. La norma, che ai commi 1 e 3, contiene un esplicito riferimento al divieto posto dall'art. 4, comma 3, prevede che «il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità nei casi previsti dall'articolo 235, primo comma, numeri 1) e 2), del codice civile, né l'impugnazione di cui all'articolo 263 dello stesso codice» (art. 9, comma 1), e che «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può fare valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi» (art. 9 comma 3).

L'art. 9, mira a tutelare gli interessi del nascituro, garantendo che il rapporto di filiazione venga a instaurarsi tra esso e l'uomo che, ricorrendo validamente a una PMA eterologa come partner della donna richiedente, se ne assume la paternità pur essendo privo di un vincolo biologico con lo stesso: il nascituro vedrebbe così garantito il suo diritto alla doppia figura genitoriale.

La Corte costituzionale conclude con le seguenti parole: «Il censurato divieto, nella sua assolutezza, è pertanto il risultato di un irragionevole bilanciamento degli interessi in gioco, in violazione anche del canone di razionalità dell'ordinamento». Ed ancora: «Il divieto in esame cagiona, in definitiva, una lesione della libertà fondamentale della coppia destinataria della legge n. 40 del 2004 di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato, le quali, in virtù di quanto sopra rilevato in ordine ad alcuni dei più importanti profili della situazione giuridica dello stesso, già desumibile dalle norme vigenti, devono ritenersi congruamente garantite».

L'elemento principale di irrazionalità consiste appunto nell'aver sostanzialmente precluso l'accesso alla PMA proprio a quelle coppie che, a causa della completa infertilità di almeno uno dei due partners, necessiterebbero di ricorrere alla donazione di gameti provenienti da soggetti esterni alla coppia.

La Corte Costituzionale nelle motivazioni della sentenza d'incostituzionalità del divieto di eteronoma afferma come "la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita e pone problematiche (semmai) riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita...dovendosi in radice escludere finalità illegittime o eugenetiche". Rileva che l'abrogazione delle disposizioni oggetto della pronuncia non fanno venir meno un livello minimo di tutela costituzionalmente necessario, pertanto non vi è vuoto normativo.

Ma soprattutto rileva che "la scelta della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare". Ne discende come la scelta di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, non ricada nella sfera dell'illegittimità. Invero, i figli nati da fecondazione eterologa,

sono figli legittimi della coppia, non hanno alcun rapporto giuridico con i donatori dei gameti; la coppia che accede alla donazione dei gameti non può disconoscere il nato. A fronte di tali considerazioni, ciò che emerge è una piena tutela per tutti i soggetti coinvolti al ricorso della fecondazione eterologa, in primis per il nascituro.

Ad oggi, i centri di fecondazione medicalmente assistita posseggono tutti i requisiti tecnico scientifici necessari per poter immediatamente applicare tecniche con gameti donati dovranno riaprire le loro porte ai pazienti. L'Italia infatti ha recepito le Direttive comunitarie su conservazione, donazione, lavorazione, tracciabilità e sicurezza (Direttive 2004/23/CE;) con i decreti legislativi 191/07-16/10-85/12 e del 10 ottobre 2012.

Gli istituti in questione, sono obbligati ad attenersi a tutte le prescrizioni e regole che sono previste a livello comunitario, tra cui: il divieto di commercializzazione di gameti e embrioni, consentendo solo un rimborso spese; screening precisi sia per donazione omologa che eterologa (191/07 -16/10-85/12) di fatto coincidono gli esami previsti; conservazione dei dati per 30 anni dall'utilizzo dei gameti ecc.

L'eliminazione del divieto di ricorrere a fecondazione eterologa ripristina il rispetto del principio di uguaglianza gravemente lesa dalla circostanza che la coppia sterile o assolutamente sterile aveva chance terapeutiche differenti a seconda della gravità della infertilità di cui era affetta.

Per ciò che concerne il consenso informato, questo rappresenta la sintesi tra due diritti fondamentali: quello alla salute e quello all'autodeterminazione, trovando il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative.

La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale. Ma in questo caso il divieto non è supportato da tutela costituzionale. Inoltre i giudici chiariscono che: "per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando

rivolti alla tutela della salute, devono ritenersi leciti» (sentenza n. 161 del 1985), sempre che non siano lesi altri interessi costituzionali. È ribadito quanto già scritto nella precedente sentenza del 2009 sulla legge 40 in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali", fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali.

In relazione a quelle che sono state invece le problematiche aventi carattere etico-morale emerse a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale n. 162/14 in tema di fecondazione eterologa, la Chiesa si è dichiarata ancora una volta contraria all'utilizzo di tali tecniche. Papa Francesco, ha infatti affermato che: "Ogni diritto civile, poggia sul riconoscimento del primo e fondamentale diritto, quello alla vita, che non è subordinato ad alcuna condizione, né qualitativa né economica né tanto meno ideologica". Riprendendo quanto già scritto nel manifesto del suo pontificato, l'esortazione apostolica "Evangelii gaudium", ha sottolineato che "così come il comandamento 'non uccidere' pone un limite chiaro per assicurare il valore della vita umana, oggi dobbiamo dire 'no a un'economia dell'esclusione e della iniquità'". Un'economia che, per il Papa, "uccide" perché "considera l'essere umano in se stesso come un bene di consumo, che si può usare e poi gettare", dando così inizio a quella che il Sommo Pontefice definisce la "cultura dello scarto". La posizione di Bergoglio è chiara: "Uno dei rischi più gravi ai quali è esposta questa nostra epoca, è il divorzio tra economia e morale, tra le possibilità offerte da un mercato provvisto di ogni novità tecnologica e le norme etiche elementari della natura umana, sempre più trascurata". Dalle parole pronunciate da Papa Bergoglio, pontefice della Chiesa di Roma, non può che evincersi un pieno disaccordo espresso attraverso parole di biasimo per ogni realtà che sia aborto, eutanasia ed ora fecondazione eterologa, essendo il rispetto della Vita, così come essa si offre, un dovere incondizionato per ogni Cristiano, 'valore non negoziabile'.

ABORTO CLANDESTINO

Fino alla metà degli anni '70 la pratica abortiva in Italia era guardata con estremo disfavore sia in ambito sociale sia sul piano strettamente giuridico. L'aborto, infatti, era sanzionato dalle norme contenute nel titolo X del libro II del codice penale; tuttavia, la giurisprudenza riconduceva nell'ambito della liceità quelle ipotesi in cui l'interruzione della gravidanza veniva posta in essere al fine di salvare la vita della gestante e, in taluni casi, anche qualora gravi ragioni di salute lo richiedessero. Sebbene il fenomeno fosse considerato di per sé illecito, non era difficile riscontrare in simili casi la causa di giustificazione dello «stato di necessità», previsto dall'art. 54 del codice penale e, al contempo, erano fatti salvi i diritti fondamentali della donna, rinunciandosi all'applicazione della pena nel caso concreto, in presenza di circostanze di fatto rigorosamente verificabili.

Tale impostazione ricevette l'avallo della Corte Costituzionale nel 1975, quando, con la sentenza n. 27 la Consulta, dopo aver riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela del concepito nell'art. 2 Cost., il quale mira a salvaguardare i diritti inviolabili dell'uomo, affermò, ciononostante, che "[...] non esiste equivalenza tra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione, che persona deve ancora diventare». Si consentiva, dunque, la soppressione del feto quando la gravidanza implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della donna. Tale ricostruzione, cristallizzava implicitamente il principio, poi ripreso dalla successiva legge n. 194/78, della prevalenza della vita della donna su quella del feto.

Attesa l'assenza di una normativa che legittimasse la pratica abortiva, peraltro, era assai frequente fenomeno dei cd. aborti clandestini, i quali spesso portavano con sé esiti pregiudizievoli per la salute o la vita della donna che vi si sottoponeva, data l'inidoneità degli strumenti e delle procedure particolarmente rischiose per la sua salute.

Tale fenomeno, ebbe quale conseguenza, l'introduzione nel nostro ordinamento, della legge 194 del 1978 la quale, rese lecita l'interruzione della gravidanza, sia pur a determinate condizioni. Finalità perseguita dalla suddetta legge, non poteva non rivenerci in una maggior tutela della salute della gestante, nonché della sua libertà di autodeterminazione. L'intento specifico del legislatore di allora era quello di azzerare gli aborti terapeutici, ridurre gli aborti spontanei e assistere le donne che sempre più spesso ricorrevano ad aborti clandestini.

L'art. 5 della legge in esame, individua nella donna l'unica titolare del diritto di interrompere la gravidanza, prevedendo a tal fine un'articolata procedura, dettata dalla necessità di offrire il necessario sostegno sia psicologico sia medico, e di permettere una maternità che sia il più possibile cosciente e responsabile e quindi realmente voluta e non casuale.

La *ratio* della normativa in esame è stata positivizzata all'art. 1, il quale recita: "Lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio.

L'interruzione volontaria della gravidanza, di cui alla presente legge, non è mezzo per il controllo delle nascite.

Lo Stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie funzioni e competenze, promuovono e sviluppano i servizi socio-sanitari, nonché altre iniziative necessarie per evitare che l'aborto sia usato ai fini della limitazione delle nascite".

Quanto ai presupposti per poter accedere all'interruzione di gravidanza, essi attingono sia al piano temporale che a quello delle condizioni personali della donna.

La legge in esame consente a quest'ultima, nei casi in essa espressamente stabiliti, di poter ricorrere alla interruzione volontaria di gravidanza in una struttura pubblica (ospedale o poliambulatorio convenzionato con la Regione di appartenenza). In particolare, secondo l'art. 4, entro i primi 90 giorni la decisione può essere motivata: da un serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna; dalle disagiate condizioni economico-sociali; dalle circostanze del concepimento, o da previsioni di anomalie o malformazioni del concepito. Mentre, dopo i 90 giorni dal concepimento, gli articoli 6 e 7 subordinano la possibilità di ricorrere all'aborto a precise condizioni, e cioè: sussistenza di un pericolo di vita per la donna; insussistenza della possibilità di vita autonoma del feto e, allo stesso tempo, di un processo patologico (fi-

sico o psichico) in atto per la madre che possa degenerare recando un danno grave alla sua salute; infine, in caso di possibilità di vita autonoma del feto, l'aborto è consentito solo nell'ipotesi di pericolo per la vita della donna.

La legge prevede inoltre che "il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a fornire alla donna le informazioni e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna" (art. 14).

La disciplina dettata dalla legge n. 194, nella prospettiva di un bilanciamento degli interessi, appare privilegiare la posizione della donna, riconoscendole il potere di autodeterminazione in ordine all'interruzione di gravidanza. Viene tutelato in tutta la sua ampiezza, il diritto alla salute di quest'ultima, nei termini di assenza di malattia e di raggiungimento del pieno benessere psichico e fisico. Anche al nascituro, pur non volendogli riconoscere la qualità di persona, viene accordata una qualche forma di tutela, essendo l'interesse ad esistere insito nella stessa esigenza di protezione dell'essere umano.

Volendo affrontare nel dettaglio, quelle che sono le ipotesi più problematiche del fenomeno in esame, occorre dar conto dei profili di responsabilità concernenti i protagonisti dell'intera vicenda abortiva (medico, operatori sanitari, donna stessa), o di terzi estranei.

A tal proposito, la legge prevede alcune fattispecie delittuose ed al contempo, diverse ipotesi di esclusione di responsabilità ricavabili dai principi generali.

Il legislatore, ha previsto una serie di articoli con i quali ha individuato varie ipotesi di reato collegato con la pratica abortiva ed in particolare gli artt. 17, 18 e 19 della legge in esame.

Preliminarmente, occorre definire la nozione giuridica di aborto (da non confondere con quella medica) la quale deve intendersi come l'interruzione intenzionale e violenta della gravidanza, con conseguente morte o soppressione del prodotto del concepimento, che si consuma nell'arco temporale che intercorre tra l'inizio della gravidanza e quello del parto.

In particolare la giurisprudenza ha specificato che in tema di delitti contro la persona, l'elemento distintivo delle fattispecie di soppressione del prodotto del concepimento è costituito anche dal momento in cui avviene l'azione criminosa. Le con-

dotte che caratterizzano i "delitti di aborto" si realizzano in un momento precedente il distacco del feto dall'utero materno. Di conseguenza, qualora la condotta diretta a sopprimere il prodotto del concepimento sia posta in essere dopo il distacco, naturale o indotto, del feto dall'utero materno, il fatto potrà configurare le ipotesi di abbandono materiale e morale della madre, previsto dall'art. 578 c.p., o di omicidio volontario di cui agli art. 575 e 577 n. 1 c.p. (Cassazione penale, sez. I, 18 ottobre 2004, 4694).

Passando ad un'analisi delle singole ipotesi delittuose previste dalla legge 194, esse si identificano nei reati di aborto colposo, aborto di donna non consenziente, aborto preterintenzionale, parto prematuro colposo, aborto senza osservanza di legge (cd. clandestino), aborto seguito da morte o lesione personale della donna.

Quanto all'aborto colposo, tale fattispecie è prevista dall'art 17 della legge 194, il quale al primo comma prevede e punisce la condotta di chiunque, per colpa, cagiona ad una donna l'interruzione della gravidanza. Si tratta di un reato colposo, riscontrabile il più delle volte nelle ipotesi di negligenza, imprudenza o imperizia del sanitario nella prospettazione della diagnosi o nell'esecuzione di una operazione chirurgica.

L'Aborto di donna non consenziente è previsto dall'art. 18, il quale punisce al primo comma con la pena della reclusione da quattro ad otto anni chiunque cagioni l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna. La condotta si consuma sia laddove il consenso manchi del tutto sia nel caso in cui sussista ma sia stato estorto con violenza, minaccia o carpito con l'inganno. La manifestazione della volontà della donna, nel senso univoco e palese dell'interruzione della gravidanza, deve essere infatti focalizzata al momento in cui l'intervento viene eseguito, risultando indifferenti le eventuali dichiarazioni espresse in precedenti colloqui.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo del delitto in esame, la norma richiede la consapevolezza, da parte dell'agente che interviene per l'interruzione, della mancanza del consenso, cd consenso informato.

Il secondo comma dell'art. 18 prevede il reato di "aborto preterintenzionale", sanzionando la condotta di chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna.

Quella in esame è sicuramente una previsione peculiare in quanto rappresenta, con l'omicidio preterintenzionale, una delle due sole ipotesi di delitto preterintenzionale previste dal nostro ordinamento (art. 42, 2° comma c.p.).

Il legislatore, al secondo comma dell'art. 17 della legge n. 194/78, ha previsto l'ipotesi dell'acceleramento colposo del parto (cd. parto prematuro), e al 3° comma dell'art. 18 quella di acceleramento del parto dovuto alle lesioni o ad azioni dirette a provarle (acceleramento preterintenzionale del parto). Siamo di fronte ad ipotesi in cui l'evento non consiste nella morte del feto, bensì in una accelerazione dei tempi naturali di gestazione. In entrambi i casi è necessario che la condotta si realizzi nei confronti di una gravidanza ove il bambino sia ad un grado di maturazione tale da poter vivere autonomamente. Laddove, infatti, dovesse poi seguire la morte del bambino si contesterà il più grave reato di omicidio colposo.

L'art. 19, disciplinante il reato di aborto clandestino, sanzionava penalmente l'interruzione volontaria della gravidanza avvenuta:

- senza l'osservanza delle modalità di cui agli artt. 5 e 8 della legge in esame (fuori dalle strutture sanitarie autorizzate);
- senza l'accertamento del medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 (interruzione dopo i 90 giorni) o senza gli accertamenti richiesti dall'art. 7 in caso di processi patologici;
- senza l'osservanza delle particolari procedure previste in caso di donne minori di anni diciotto o interdette (artt. 12 e 13).

La donna in questi casi veniva sanzionata con pene notevolmente minori rispetto a colui che avesse cagionato l'aborto *ab externo*. La *ratio* della legge, mirava a riconoscere il diritto della donna ad interrompere la gravidanza purché ciò avvenisse sempre nel rispetto delle procedure normativamente previste ed all'interno di strutture sanitarie autorizzate.

Da ultimo, il 5° comma dell'art. 19 prevede alcune circostanze dei suddetti reati, stabilendo che se dai fatti previsti dai commi precedenti derivi la morte della donna, verrà applicata la reclusione da tre a sette anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applicherà la reclusione da due a cinque anni; se la lesione personale è grave quest'ultima pena sarà diminuita. Mentre, se la morte o la lesione è conseguenza delle condotte previste dal 5° comma, le pene sono aumentate.

Tale articolo, prevedeva una multa fino ad euro 51 euro, per quelle donne che avessero deciso di abortire in una struttura non autorizzata. Il reato di aborto clandestino, a seguito dell'entrata in vigore del D.L.vo 15 gennaio 2016 n. 8, è stato depenalizzato, pertanto, la condotta della donna non verrà più considerata reato, bensì qualificata come illecito amministrativo da sanzionare con una somma di denaro compresa tra 5mila e 10mila euro mentre per chi procura l'aborto rimane invariata la pena detentiva fino a tre anni. La conseguenza, a seguito di tale depenalizzazione, è da rinvenirsi nel fatto che l'ordinamento giuridico considera non più tanto grave abortire clandestinamente, atteso che tale illecito, rientra oggi, non più nell'ambito dei reati, bensì in quello degli illeciti amministrativi.

Questa novella legislativa è l'ennesima prova che l'aborto per il nostro ordinamento giuridico non è reato. Il problema secondo il legislatore non è l'aborto in sé, inteso come atto lesivo di un bene giuridico quale è quello della vita. Il problema giuridico, invece, riguarda il dove e il come avviene l'aborto. La svalutazione dell'aborto clandestino, verrebbe così compensata dall'innalzamento del valore pecuniario da sborsare in caso di condanna. Tale sanzione, sicuramente sproporzionata rispetto alla sola multa di euro 51, che veniva comminata in caso di condanna prima dell'entrata in vigore dei decreti di depenalizzazione, fungerebbe per il nostro legislatore da deterrente, con la conseguenza che molte donne sarebbero costrette a non ricorrere più a tali pratiche non autorizzate per non incorrere in queste sanzioni così salate.

Quali allora le conseguenze?

Sicuramente, l'aborto clandestino, rimarrebbe appannaggio delle più abbienti, disposte a pagare molto pur di sopprimere il proprio figlio, cosa non consentita invece per quelle donne indigenti, le quali sarebbero obbligate a tenersi il bambino, basti pensare alle immigrate, alle precarie. Nessuna donna inoltre, avrebbe il coraggio di denunciare il medico che l'avrebbe aiutata ad abortire.

Donne e associazioni hanno lanciato l'allarme, contro la maxi-sanzione introdotta per chi ricorre all'aborto clandestino.

Di non minore importanza, il ruolo che assumono gli obiettori di coscienza nel nostro paese. Com'è noto, l'ammissibilità morale dell'aborto o interruzione volontaria di gravidanza è soggetta a convinzioni etiche, orientamenti religiosi o più in generale al modo in cui una cultura si pone di fronte a concetti come la vita.

L'aborto clandestino è il frutto della quasi totale assenza nel nostro territorio, di medici non obiettori, motivo per cui molte donne sono costrette ad interrompere la gravidanza clandestinamente.

L'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti umani per non attuare pienamente la legge 194 e l'obiezione di coscienza continuerà ad ostacolare l'applicazione della legge costringendo le donne all'aborto clandestino, queste le critiche mosse prevalentemente dai gruppi di femministe che hanno lanciato l'allarme.

In Italia, il 70 per cento dei medici e degli infermieri sono obiettori di coscienza, e ci sono Regioni dove l'obiezione è ancora più alta. La Calabria è al 73%, la Campania all'82%, in Puglia gli obiettori di coscienza sono l'86% del totale, in Sicilia siamo all'87,6 % e nel Lazio l'80%. In Basilicata siamo arrivati al 90 % di obiettori e in Molise al 93,3%. Quasi tutte le Regioni sono sopra il 50% di obiettori.

Il problema, infatti, è che abortire 'secondo legge' in Italia è sempre più difficile. Secondo la relazione del ministero della Salute del 2013, la media nazionale dei medici obiettori di coscienza, che quindi rifiutavano di praticare l'Ivg per scelta personale, era del 70 per cento, con picchi fino al 90% in alcune regioni, come Molise e Basilicata. Ecco perché questo inasprimento è ingiusto e incoerente, denunciano i pochi operatori rimasti a fronteggiare la parte più dura della professione, quella degli aborti, spesso terapeutici, cioè per malformazioni fetali.

Per molte donne ricorrere all'Ivg legalmente, è diventato un percorso ad ostacoli e contro il tempo e le straniere sono quelle a cui tocca l'ostacolo più alto.

Bisognerebbe dunque garantire in tutte le strutture sanitarie la piena applicazione della legge 194 sull'interruzione volontaria di gravidanza. Ma preliminarmente, occorre promuovere campagne di sensibilizzazione, rendendo più accessibile l'aborto in regime di day hospital, o possibile nei consultori familiari o nei poliambulatori. Il governo è intervenuto in un'ottica non funzionale, ignorando probabilmente, le ragioni per cui la legge 194 comminava una multa simbolica, ovvero, permettere alle donne di denunciare chi praticava aborti fuori dalla struttura autorizzata e permettere loro, di recarsi presso il più vicino presidio ospedaliero al primo segno di complicazione per salvarsi la vita, cosa che oggi non sarebbe più possibile, vista l'ingente somma da pagare, qualora venissero sorprese.

La soluzione migliore per porre fine a questo drammatica realtà, non è penalizzare e colpevolizzare le donne che cercano di difendere i loro diritti, ma organizzare campagne di prevenzione nei consultori, assicurando la piena applicazione della legge 194 in ogni struttura del territorio nazionale al fine di salvaguardare la libertà di ogni singola donna, dalla più giovane a quella meno giovane, dall'italiana alla straniera.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N.143/2013

La sentenza n. 143/2013 riguarda il più duro regime carcerario italiano, il cosiddetto carcere duro, che prevede la sospensione di alcuni diritti per i detenuti che abbiano commesso reati gravi come l'associazione mafiosa. Tra le restrizioni più gravose i rapporti dei carcerati con l'esterno: dunque gli incontri con i familiari, le telefonate e i rapporti con gli altri detenuti. Ispirato alla carcerazione speciale anti-terrorismo abolita nel 1986, e nato come misura temporanea, il 41-bis è stato periodicamente prorogato fino al 2002, quando con la legge n. 279 entra stabilmente nel nostro sistema penitenziario.

Il regime speciale è nato nel clima delle stragi mafiose del 1992. Quando il 19 luglio 1992 esplose la bomba di via D'Amelio a Palermo, uccidendo il giudice Paolo Borsellino e cinque uomini della scorta, il cosiddetto "carcere duro" in Italia ancora non esiste. Solo il giorno dopo la strage, l'allora ministro della Giustizia Claudio Martelli decide di firmare i primi provvedimenti di 41-bis. Lo Stato vuole mostrare la sua reazione di forza alla mafia e al Paese. Dalla sua introduzione il 41-bis è stato al centro di critiche mosse da importanti istituzioni. Nei primi periodi di applicazione, i detenuti sottoposti al carcere duro erano reclusi anche nelle carceri di Pianosa e l'Asinara, prigioni speciali definitivamente chiuse nel 1998. È in questa fase che le denunce di violenze subite dai detenuti si sono moltiplicate; culminando –in alcuni casi - con la condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti Umani per non avere indagato adeguatamente sugli abusi.

Tra il 2003 e il 2013, a seguito delle periodiche visite nelle carceri italiane, è il Comitato per la prevenzione della tortura del Consiglio d'Europa (CPT) a definire il 41-bis *"fortemente dannoso per i diritti fondamentali dei detenuti"* e *"non privo di effetti sullo stato delle condizioni somatiche e mentali di alcuni prigionieri."* Attualmente sono circa 750 i detenuti sottoposti al 41-bis in Italia.

Tale norma trova applicazione per quei detenuti che si trovano in carcere per fatti di criminalità organizzata, mafia, terrorismo, eversione ed altre tipologie di reato. A

stabilire questo regime particolare è il ministro della Giustizia, il quale può disporre il carcere duro con un primo decreto della durata di 4 anni, rinnovabile (potenzialmente all'infinito) ogni due anni.

Il regime del carcere duro esclude a priori qualsiasi tipo di beneficio che è invece riconosciuto ai carcerati "classici", come ad esempio la possibilità di accedere agli arresti domiciliari, semilibertà, permessi, possibilità di lavorare all'esterno del carcere. Misure che caratterizzano il 41 bis sono: massimo isolamento, i contatti con altri detenuti sono ridotti al minimo. Il detenuto si trova in una cella singola e non ha accesso a spazi comuni del carcere come palestra, biblioteca, ecc... L'ora d'aria è limitata rispetto agli altri detenuti e anche qui avviene in isolamento; stretta sorveglianza, si parla di sorveglianza speciale e apposita. Si tratta di questurini appartenenti ad un corpo speciale di polizia penitenziaria i quali, a loro volta, non entrano in contatto con le altre guardie carcerarie; colloqui limitati, anche con familiari e avvocato difensore. Al massimo due al mese e di una durata inferiore rispetto a quanto durano i colloqui per i carcerati ordinari. I colloqui per i 41 bis avvengono senza possibilità di contatto fisico per impedire passaggio di oggetti e, qualora il magistrato lo disponga, possono anche essere registrati. Per colloqui con figli minori di 12 anni può essere tolto l'obbligo del vetro divisorio; contatti con l'esterno è ammessa solo una telefonata al mese esclusivamente ai familiari più stretti i quali, per essere contattati, devono recarsi di persona presso il carcere della propria città a ricevere la telefonata. Anche la posta del detenuto in 41 bis è strettamente limitata e sorvegliata: tutti i pacchi e le buste a lui destinati vengono aperti e controllati a fondo tranne per casi di corrispondenza proveniente da autorità con competenza in materia di giustizia o da parlamentari. Anche eventuali lettere che il carcerato voglia inviare all'esterno devono essere consegnate all'autorità giudiziaria per essere prima controllate e poi eventualmente spedite.

Il detenuto al 41 bis ha una limitata quantità di alimenti che può richiedere. All'interno della cella non è inoltre consentito cucinare. Anche gli oggetti personali sono limitati, comprese somme di denaro. Vietati apparecchi fotografici, bottiglie, libri con copertina rigida, nastri per registrare. Sono invece consentiti libri, quaderni, giornali e penne.

Il 41 bis è quindi un regime estremamente stringente applicato in determinati casi di pericolosità. Nel nostro paese sono 12 le carceri dove si applica il 41 bis; L'Aquila,

Cuneo, Marino del Tronto (Ascoli Piceno), Novara, Parma, Pisa, Rebibbia Roma (sia maschile che femminile), Secondigliano, Spoleto, Terni, Tolmezzo (Udine), Viterbo.

Con la sentenza n.143 del 20 giugno 2013 la Corte Costituzionale ha posto la sua attenzione sui limiti "quantitativi" ai colloqui con i difensori dei detenuti in regime di "carcere duro" (art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b, ultimo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 "Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà", come modificato dall'articolo 2, comma 25, lettera f, numero 2, della Legge 15 luglio 2009, n. 94 "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") nella parte in cui pone limitazioni al diritto ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento, ai sensi del comma 2 del medesimo art. 41-bis, in particolare prevedendo che detti detenuti possono avere con i difensori, fino a un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari, pari, rispettivamente, a dieci minuti e a un'ora.

A seguito della legge n. 94 del 2009, il cui art. 2, comma 25, ha apportato una serie di modifiche all'art. 41-bis della legge n. 354 del 1975, si è assistito ad una operazione di irrigidimento che ha coinvolto anche la disciplina dei colloqui, essendosi ridotto il numero dei colloqui personali mensili ad uno solo, rendendo obbligatori il controllo auditivo e la videoregistrazione e stabilendo che i colloqui telefonici possano essere concessi solo se non siano stati effettuati colloqui personali.

La Corte Costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 41-bis nella parte in cui stabilisce limiti tassativi ai colloqui tra detenuti e difensori ed in particolare sul comma 2-quater, lettera b), ultimo periodo, limitatamente alle parole "*con i quali potrà effettuarsi, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari*", precisando che le limitazioni ai colloqui con i difensori nei confronti dei detenuti sottoposti alla sospensione delle regole di trattamento, ledono il diritto di difesa del detenuto. La norma censurata, introducendo limiti di durata e di frequenza dei colloqui visivi e telefonici con i propri difensori - limiti che operano a prescindere non solo dalla natura e dalla complessità dei procedimenti giudiziari nei quali il detenuto è coinvolto e dal grado di urgenza degli interventi difensivi richiesti, ma anche dal loro numero e, quindi, dal numero dei legali patrocinanti con i quali il detenuto si debba consultare - determina una

compressione del diritto ai colloqui in modo automatico e indefettibile all'applicazione del regime detentivo speciale.

La norma censurata fissa rigidi "tetti quantitativi legali" ai momenti di contatto tra il soggetto in vinculis e i suoi avvocati: "tetti" valevoli, peraltro, non per la generalità dei detenuti, ma solo per una specifica categoria di essi, differenziata dunque in peius rispetto alle altre e costituita dai detenuti soggetti allo speciale regime di sospensione delle regole del trattamento, disposto dal Ministro della giustizia ai sensi dall'art. 41-bis, comma 2, Ordinamento Penitenziario.

Si tratta del regime di "carcere duro" inteso a prevenire – come si legge in sentenza – la pericolosità di singoli detenuti proiettata verso l'esterno del carcere e, dunque, ad impedire i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino fuori del carcere.

Lo scopo è soprattutto di impedire che i membri di vertice in stato di detenzione, valendosi degli strumenti offerti dal normale regime penitenziario, possano continuare ad impartire ordini e direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dal carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione.

La Corte, tuttavia, ritiene chela norma censurata violerebbe:

- a) l'art. 3 Cost., riservando ai detenuti in regime speciale un trattamento deteriore rispetto a quello accordato alla generalità degli altri detenuti, che non troverebbe giustificazione né con la loro maggiore pericolosità, né con un minore livello delle esigenze difensive, avendo, al contrario, i detenuti in regime speciale esigenze difensive solitamente maggiori rispetto ai detenuti "comuni" in correlazione al più elevato numero e alla maggiore complessità dei procedimenti penali pendenti a loro carico;
- b) l'art. 24 Cost., determinando una evidente compressione del diritto di difesa del detenuto, a fondamento della quale non potrebbe essere invocata l'esigenza di impedire contatti con i membri dell'organizzazione criminale di appartenenza, non essendo tale esigenza riferibile ai rapporti con i difensori, i quali non potrebbero essere normativamente gravati del sospetto di porsi come illecito canale di comunicazione;
- c) l'art. 111, terzo comma, Cost., giacché le limitazioni censurate impedirebbero ai detenuti in questione di disporre del tempo necessario per preparare efficacemente la propria difesa.

La garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica e, dunque, anche il diritto di conferire con il difensore, al fine di definire e predisporre le strategie difensive e di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti. Come evidenziato dal giudice delle leggi "il diritto in questione assume una valenza tutta particolare nei confronti delle persone ristrette in ambito penitenziario, le quali, in quanto fruente solo di limitate possibilità di contatti interpersonali diretti con l'esterno, vengono a trovarsi in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive".

La Corte ha, dunque riconosciuto che tale diritto "è suscettibile di bilanciamento con altre esigenze di rango costituzionale, così che il suo esercizio può essere variamente modulato o limitato dal legislatore" ma "a condizione che non ne risulti compromessa l'effettività". Principi che "valgono in modo particolare quando si discute di restrizioni che incidono sul diritto alla difesa tecnica delle persone ristrette in ambito penitenziario, rese più vulnerabili, quanto alle potenzialità di esercizio delle facoltà difensive dalle limitazioni alle libertà fondamentali insite, in via generale, nello stato di detenzione". La giurisprudenza costituzionale è stata perentoria nell'affermare che la dimensione costituzionale del diritto di difesa non si esaurisce nel diritto all'autodifesa – inteso come complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo – ma si estende anche al diritto alla difesa tecnica, che del diritto di difesa rappresenta una componente indefettibile, anche perché funzionale alla realizzazione del principio del contraddittorio.

Dunque, tali restrizioni, per il modo in cui sono congegnate, si traducono in un vulnus del diritto di difesa incompatibile con la garanzia di inviolabilità sancita dall'art. 24, secondo comma, Cost.

La Corte di Cassazione, sez. V, con sentenza n.6677/2014, si è adeguata alla pronuncia in oggetto accogliendo il ricorso di un detenuto sottoposto al "carcere duro", dichiarando l'insufficienza dei tre colloqui settimanali previsti.

Ancora, i giudici di legittimità, con sentenza Corte di Cassazione, sez. I, 22 gennaio 2015, n.3115, meglio definendo il principio del "minimo sacrificio necessario", sancito da Corte Cost., n. 143 del 2013, hanno ritenuto che, in assenza di specifiche

previsioni contenute nel decreto ministeriale, anche per il detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit., possono trovare applicazione le norme dell'ordinamento penitenziario non oggetto di sospensione e che *"il parametro di riferimento della norma è comunque rappresentato dalle normali regole di trattamento dei detenuti"* poiché *"l'ampiezza della previsione normativa in materia di colloqui è tale da indurre a ritenere che ulteriori limitazioni, al di là di quelle previste, non siano possibili, salvo che derivino da un'assoluta incompatibilità della norma ordinamentale – di volta in volta considerata – con i contenuti tipici del regime differenziato"*. Sul punto, premesso che l'art. 37 comma 10 d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230 prevede – in via generale e per tutti i detenuti – due ipotesi di "ampliamento" della durata del colloquio, la prima correlata a "eccezionali circostanze" da valutarsi, dunque, caso per caso, la seconda correlata a due condizioni obiettive rappresentate dalla extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti, unita alla circostanza della mancata fruizione del colloquio nella "settimana precedente" e sempre che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano. Dunque, esclusa l'esistenza di un divieto assoluto, per i detenuti nei cui confronti sia stata disposta la sospensione delle normali regole di trattamento, di fruire in alternativa al colloquio mensile di un'ora coi familiari, si impone la verifica dell'esistenza in concreto dei due presupposti indicati (extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti; mancata effettuazione del colloquio nel "mese" antecedente la richiesta).

In ogni caso, deve tuttavia escludersi che possano trarsi conseguenze di tipo generale su *"una supposta idoneità della limitazione dei colloqui difensivi, prevista prima della sentenza n. 143 del 2013 della Corte costituzionale per i detenuti in regime di articolo 41-bis ord. pen., a integrare di per sé una violazione dell'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sotto il profilo di un pregiudizio del diritto di difesa che deve invece essere positivamente dimostrato, nella sua effettiva sussistenza, nel singolo caso processuale"* (Cass., sez. I, n. 43735/2015).

La Corte di Cassazione, sez. I Penale, con sentenza n. 20355 del 15.5.2014, si è occupata della sottoposizione del detenuto a perquisizione personale mediante denudamento, in occasione del colloquio nella apposita saletta del carcere con il proprio difensore. Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale e di questa Corte, la misura del denudamento, in quanto particolarmente invasiva e potenzialmente le-

siva dei diritti fondamentali dell'individuo, "non può essere prevista in astratto e in situazioni ordinarie nelle quali il controllo può avvenire senza ricorrere alla suddetta misura, ma deve essere disposta con provvedimento motivato, solo nel caso in cui sussistano specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna o in ragione di una pericolosità del detenuto risultante da fatti concreti". In proposito, questa Corte ha affermato che la misura del denudamento del detenuto per lo svolgimento della perquisizione personale prima del colloquio dello stesso con il difensore è legittimamente imposta dall'amministrazione penitenziaria soltanto ove sussistano specifiche e prevalenti esigenze di sicurezza interna, in riferimento a particolari situazioni di fatto che non consentano l'accertamento con strumenti di controllo alternativi, oppure in riferimento alla pericolosità dimostrata in concreto dal detenuto, che renda la misura ragionevolmente necessaria e proporzionata.

In conclusione, le misure previste dal 41 bis sono compatibili con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Lo dice la Corte di Strasburgo con decisione depositata il 24 settembre 2015 con la quale i giudici internazionali hanno dichiarato irricevibile il ricorso presentato contro l'Italia da un detenuto condannato per associazione di stampo mafioso e sottoposto al regime speciale di detenzione (PAOLELLO c. ITALIE).

Per la Corte, il regime penitenziario differenziato del 41 bis non può essere considerato tortura o trattamento disumano o degradante e quindi non è di per sé incompatibile con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e, in particolare, con l'articolo 3 che vieta la tortura. Poco importa – scrive la Corte – l'applicazione prolungata del regime differenziato di detenzione perché va verificato caso per caso se il rinnovo del regime è dovuto alla persistenza delle condizioni. Così come non si configura una violazione dell'articolo 8, che assicura il diritto al rispetto della vita privata e personale, per i controlli sulla corrispondenza e per il sistema di videosorveglianza perché entrambi servono a minimizzare i contatti del detenuto con strutture dell'organizzazione criminale, soprattutto tenendo conto della natura particolare del fenomeno mafioso. Nel momento in cui le misure sono proporzionali e limitate nel tempo, con un continuo controllo delle autorità giurisdizionali, come risulta dalle modifiche introdotte con la legge 8 aprile 2004 n. 95, non si configura alcuna violazione della Convenzione.

COMMENTO ORDINANZA CORTE COSTITUZIONALE N. 4 DEL 2016

Con l'Ordinanza n. 4 del 2016 emanata il 2 dicembre del 2015 e depositata in cancelleria il 14 gennaio 2015 la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 150 e 159 primo comma c.p.

Il Tribunale di Cagliari, prima sezione penale, ha sollevato la questione di legittimità in relazione:

- **Alla incostituzionalità dell'art. 159 co. 1 c.p.** con riferimento riferimento agli artt. 3, 24, co. 2, 111, co. 1, e 117, co. 1, Cost., ed all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU), nella parte in cui tale disposizione prevede ... *la sospensione del corso della prescrizione anche in presenza delle condizioni di cui agli artt. 71 e 72 c.p.p., laddove sia accertata l'incapacità di partecipare coscientemente al procedimento dell'imputato per effetto di una patologia irreversibile e non suscettibile di miglioramenti*
- **Alla incostituzionalità dell'art. 150 c.p.** sollevata in relazione agli artt. 3 e 27, co. 1, Cost., nella parte in cui tale disposizione non prevede... *l'assoluta ed irreversibile incapacità di intendere e di volere sopravvenuta al fatto derivante da una lesione cerebrale ingravescente quale causa di estinzione del reato.*

Occorre, anzitutto fare alcuni cenni sul regime della prescrizione dei reati e sulla riforma introdotta nel 2005 a tale istituto. Prima della riforma introdotta dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251 (cd. ex - Cirielli), il tempo necessario a prescrivere veniva calcolato sulla base della pena massima prevista dalla legge. Attualmente, invece, l'art. 157 c.p. stabilisce che... *la prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge ...*

Sono previsti due limiti: nel caso di delitto, il tempo non può mai essere inferiore ai sei anni; nel caso di contravvenzione, invece, a quattro.

In linea generale, tranne alcune eccezioni, si ha, adesso, l'abbreviazione dei tempi prescrizionali, ad eccezione del cd. illecito "bagatellare" o di minore gravità, cioè

quei delitti astrattamente puniti con una pena detentiva massima inferiore ai cinque anni e tutte le contravvenzioni.

Le contravvenzioni, in passato, si prescrivevano in tre anni, se punite con la pena detentiva, in due anni per quelle punite con la pena dell'ammenda, mentre i delitti puniti con una pena detentiva inferiore nel massimo a cinque anni, la prescrizione era fissata in cinque anni, mentre oggi essa è fissata in sei anni.

Ancora, per tutti quei delitti puniti con una pena detentiva superiore a cinque anni, ma non oltre i sei. in passato il termine di prescrizione era fissato in dieci anni, adesso il termine viene fissato in sei anni.

La l. 5 dicembre 2005, n. 251 ha modificato l'art. 157 co. 2° e 3° c.p.

In base all'attuale disposizione, la pena da considerare come parametro di riferimento per il calcolo della prescrizione è quella che risulta dalla cornice edittale, senza peraltro considerare l'incidenza delle circostanze, aggravanti o attenuanti, né un loro eventuale bilanciamento.

Le uniche eccezioni a questo sistema riguardano le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e quelle ad effetto speciale, che dovranno sempre essere considerate nella loro estensione massima.

Oggi, inoltre, l'art. 157 co. 8 c.p. stabilisce che "la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti".

1) La Corte Costituzionale, con l'ordinanza in commento, si occupa degli "eter-ni giudicabili"

Viene sancita, dalla Corte, la possibilità che l'incapacità dell'imputato, possa influire sulla ragionevole durata del processo.

Con riferimento all'art. 159 co.1 c.p., il Tribunale rimettente, ha ritenuto applicabile all'imputato affetto da demenza irreversibile, l'art. 71 c.p.p. argomentando che, laddove il vizio di mente dell'imputato è tale da ostacolare la cosciente partecipazione al procedimento, il giudice deve disporre la sospensione (art. 71 c.p.p.) e, in seguito, il giudice deve eseguire ogni sei mesi ulteriori accertamenti peritali, fino a quando non risulti possibile la cosciente partecipazione dell'imputato al procedi-

mento o non risulti che nei suoi confronti debba essere pronunciata una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere (art. 72 c.p.p.).

Tuttavia, in tal modo, se con il passare del tempo, lo stato di mente dell'imputato si tramuta in una incapacità irreversibile, si paralizza il processo, che di rinvio in rinvio, è destinato a durare fino alla morte dell'imputato

Occorre anzitutto introdurre alcuni accenni alla distinzione fra capacità d'intendere e di volere e capacità di stare in giudizio:

La capacità di intendere e volere corrisponde alla piena facoltà mentale posseduta al momento del fatto di reato, ex art. 88 c.p.

La capacità di stare in giudizio, ovvero, di partecipare coscientemente al processo, invece, si sostanzia nella attitudine ad esercitare, nel procedimento, tutti i poteri connessi alla qualità di imputato

Secondo la disciplina vigente, l'infermità mentale dell'imputato determina l'emissione di un provvedimento di sospensione del processo, l'imputato non può parteciparvi coscientemente.

L'art. 70 co. 1 c.p.p. infatti, prevede che, il Giudice, dispone la perizia sulla capacità dell'imputato, solo se ... *vi è ragione di ritenere che, per infermità mentale, l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone, anche di ufficio, perizia*

All'esito della disposta perizia, se viene accertata l'incapacità di stare in giudizio dell'imputato, il giudice sospende il processo con ordinanza, sempre che non sia possibile l'immediato proscioglimento dell'imputato.

La Corte di Cassazione ha precisato la differenza fra capacità di intendere e volere e capacità di partecipare coscientemente al processo.

... poiché l'imputabilità di cui all'art. 88 c.p. e la capacità di partecipare al processo penale di cui all'art. 70 c.p.p., pur costituendo stati soggettivi accomunati dall'infermità mentale, operano su piani del tutto diverso ed autonomi, non ha alcuna incidenza sull'accertamento della capacità dell'imputato di essere parte e sulla eventuale sospensione del procedimento, l'impedimento, derivante dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 425/1 c.p.p., all'adozione, nell'udienza preliminare, della pronuncia di non luogo a procedere per difetto di imputabilità. Conseguentemente deve considerarsi abnorme, e come tale immediatamente riconoscibile per Cassazione, il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che di-

sattenda la richiesta di accertamenti sulla capacità dell'imputato, argomentando che il difetto di imputabilità può essere dichiarato solo dal giudice del dibattimento: tale rifiuto incide infatti su uno dei fondamentali e indefettibili presupposti richiesti dalla legge ai fini della costituzione e dello svolgimento del rapporto processuale, il cui cardine è rappresentato dal fatto che esso deve necessariamente far capo ad un soggetto capace di partecipazione cosciente al processo, come premessa essenziale della possibilità di autodifesa e quale garanzia del "giusto processo" presidiata dall'art. 24 Cost. (Cass. Pen., Sent. n. 1381 del 6.3.1995).

Ogni volta che l'imputato si troverà nella situazione descritta dall'articolo 70 c.p.p. dovrà disporsi la sospensione del procedimento a prescindere dalla causa che lo ha reso incapace di partecipare coscientemente al processo.

Il procedimento non viene sospeso per un tempo indefinito, ma viene sancita una verifica periodica delle condizioni dell'accusato, per ovviare alla piaga degli eterni giudicabili e garantire una ripresa del giudizio al ripristino delle condizioni di capacità dell'imputato. È previsto che la prima verifica sia compiuta dopo sei mesi dall'ordinanza di sospensione, e che, fino a quando il processo non riprende, o non sia definito dalla sentenza liberatoria, siano condotte nuove verifiche a distanza di sei mesi l'una dall'altra, ai sensi dell'art. 72, comma 2, c.p.p.

Uno dei più rilevanti effetti della sospensione del procedimento è l'applicazione dell'art. 159, comma 1, c.p. a norma del quale, la decorrenza del termine di prescrizione del reato, è sospesa fino a quando non sia revocata l'ordinanza di sospensione.

La sospensione della prescrizione viene revocata quando lo stato mentale dell'imputato consente la sua cosciente partecipazione al procedimento.

Nell'ipotesi, però, d'incapacità irreversibile le norme vigenti si ponevano in contrasto, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, con vari principi costituzionale ed in primo luogo con il principio di ragionevole durata del processo.

Ciò ha determinato, per anni, la piaga dei c.d. "eterni giudicabili" cioè di soggetti il cui giudizio penale, in caso di incapacità, si estinguerà solo in caso di morte

In verità, la Consulta con l'ordinanza n. 4 del 2016 ha dichiarato la questione di legittimità costituzionale **manifestamente inammissibile**, anche perché, con la **Sentenza n. 45 del 2015**, è stata già dichiarata l'**illegittimità costituzionale** dell'art. 159 co.1 *nella parte in cui, ove lo stato mentale dell'imputato sia tale da impedirne la cosciente*

partecipazione al procedimento e questo venga sospeso, non esclude la sospensione della prescrizione quando è accertato che tale stato è irreversibile», e, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza della Corte costituzionale, le questioni concernenti norme medio tempore dichiarate illegittime sono manifestamente inammissibili (Ord. n. 129 del 2015).

Con la Sentenza del 25 marzo 2015, n. 45, la questione di legittimità dell'art. in commento, è stata ritenuta fondata, e di conseguenza la Corte Costituzionale ha stabilito che la sospensione del procedimento, non impedisce il decorso della prescrizione e che, decorso tale termine, il processo si chiude necessariamente con una sentenza di improcedibilità per estinzione del reato.

La ratio, è quella di evitare che il processo penale si protragga per tutta la durata della vita dell'imputato in stato di incapacità

Qualche anno prima, la Consulta con la Sentenza 23/2013 aveva considerato anomala la regola della sospensione della prescrizione nel caso di vizio di mente irreversibile ma non aveva dichiarato l'illegittimità della norma fornendo invece, semplicemente, un *imputal* legislatore, affinché provvedesse a risolvere la questione.

Tuttavia, il mancato intervento del Parlamento, ha comportato una decisione sulla incostituzionalità della disposizione da parte della Consulta.

Le motivazioni che hanno determinato la decisione della Corte risiedono sul fatto che la sospensione della prescrizione in presenza di una incapacità irreversibile, comporta la permanenza forzata dello *status* di imputato fino alla morte dell'interessato.

Inoltre, con il passare del tempo si affievolisce l'interesse della comunità alla punizione dell'illecito penale.

Ed anche nel caso estremo in cui l'imputato recuperasse la capacità di partecipare coscientemente al processo, questo verrebbe celebrato molti anni dopo la commissione del fatto reato ed allora, il processo si concluderebbe con una sentenza di condanna priva delle finalità di repressione, di prevenzione e di rieducazione.

2) Con riferimento all'art. 150 c.p., invece, la Corte ha sottolineato che con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Cagliari i quesiti di incostituzionalità dell'art. 150 e dell'art. 159 co.1. sono collegati da un **nesso di alternatività**.

Le due questioni, infatti ...non sono poste in via subordinata e porterebbero a risultati diversi, in quanto l'una mira a far decorrere la prescrizione nonostante la sospensione del processo per l'incapacità dell'imputato di parteciparvi, l'altra a definire immediatamente il processo, mediante una pronuncia di estinzione del reato.

Le due soluzioni, non prospettate in un rapporto di subordinazione, sono tra loro alternative, in quanto, se si accogliesse la questione di legittimità costituzionale dell'art. 150 c.p., mediante un pronuncia additiva che equipari alla morte del reo l'incapacità sopravvenuta ed irreversibile dello stesso, diventerebbe priva di rilevanza la questione di legittimità costituzionale dell'art. 159 c.p.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N. 12 ANNO 2016

Con la sentenza n. 12 anno 2016 la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p. sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 15 gennaio 2015 iscritta al n. 71 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 18, nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e seguenti del medesimo codice, quando pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato in quanto non imputabile per vizio totale di mente.

Il punto da cui trae le mosse la citata sentenza è l'art. 538 cod. proc. pen. che limita la decisione del giudice penale per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e ss., all'ipotesi in cui venga pronunciata sentenza di condanna dell'imputato. Dunque, viene esclusa il risarcimento della costituita parte civile, da qualsiasi decisione diversa dalla condanna, ivi compresa la decisione di assoluzione dell'imputato per vizio totale di mente.

Il vizio di mente presenta gradi diversi, solo ai sensi dell'art. 88 c.p., è esclusa l'imputabilità per chi «nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere e di volere».

Nella norma richiamata, per escludere in via assoluta la capacità d'intendere e di volere, il vizio di mente deve essere totalizzante.

La distinzione che il legislatore prevede tra i due vizi è di tipo "quantitativo": nel vizio totale di mente l'infermità è tale da escludere totalmente la capacità del soggetto, mentre nel vizio parziale di mente, essa si atteggia in modo da scemarla grandemente, per cui il soggetto resta imputabile, beneficiando tuttavia di una riduzione di pena.

La giurisprudenza più significativa in tema di stato di infermità mentale riscontrabile in capo all'imputato ne definisce il significato e l'applicazione:

"Il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate

nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi. In tal caso — al fine della esclusione o della riduzione della imputabilità — è, comunque, necessario accertare l'esistenza di un effettivo rapporto tra il complesso delle anomalie psichiche effettivamente riscontrate nel singolo soggetto e il determinismo dell'azione delittuosa da lui commessa, chiarendo se tale complesso di anomalie psichiche, al quale viene riconosciuto il valore di malattia, abbia avuto un rapporto motivante con il fatto delittuoso commesso". (Cass. n. 3536/1997)

"In sede processuale penale, del vizio totale o parziale di mente in capo all'imputato, va riscontrata l'incidenza di tali stati patologici "sulle capacità intellettive e volitive della persona" (Cass. sez. III 11/15157).

La Corte Costituzionale con la sentenza in commento affronta il problema del diritto della vittima di un reato di ottenere subito il risarcimento per i danni subiti con la possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale.

Tale risarcimento può vedersi vanificato se non viene affermata la penale responsabilità dell'imputato se assolto per incapacità totale di mente.

Infatti, la sentenza di assoluzione dell'imputato nella specie "per vizio totale di mente" per il giudice rimettente "non avrebbe una valenza pienamente liberatoria postulando - al pari della sentenza di condanna - l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato, sia dal punto di vista dell'elemento materiale sia da quello psicologico"

Con ciò violando:

- 1) l'**art. 3 Cost.** determinando una disparità di trattamento fra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo penale che si concluda con l'assoluzione dell'imputato per totale infermità di mente, e il danneggiato costituito parte civile in un processo con imputato sano di mente e che si concluda con condanna dello stesso.
- 2) L' **art. 24 Cost.**, esercizio del diritto di difesa del danneggiato, il quale dovrebbe così instaurare un nuovo giudizio avanti al giudice civile, con totale vanificazione della scelta di far valere la pretesa risarcitoria in sede penale.
- 3) l'**art. 111 Cost.**, che sancisce il principio di ragionevole durata del processo, in quanto l' esigenza di trasferire la domanda risarcitoria in sede civile "allontane-

rebbe sensibilmente nel tempo la sentenza definitiva sulla stessa e impegnerebbe ulteriori risorse giudiziarie senza alcun apprezzabile motivo".

Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale la Consulta, specifica in primo luogo che l'azione civile nel processo penale ha carattere accessorio e subordinato.

Il fine perseguito dal processo penale è l'accertamento del reato e l'azione risarcitoria in quanto azione subordinata deve adattarsi a tale funzione del processo penale.

In secondo luogo la Corte sottolinea la separazione dei giudizi penale e civile.

Dunque se la persona offesa sceglie di costituirsi parte civile nel processo penale, accetta il rischio di non ottenere una decisione sul risarcimento del danno a conclusione dello stesso.

Il danneggiato potrà instaurare un processo civile al fine di vedersi riconosciuto il danno subito, chiamando in causa i soggetti tenuti alla sorveglianza dell'incapace, qualora gli stessi non provino di non aver potuto impedire il fatto in forza del disposto di cui all'art. 2047 co. 1 cod. civ.; se poi non fosse possibile ottenere il risarcimento in tale modo, il danneggiato avrà l'opportunità di pretendere dall'incapace, non già il risarcimento del danno quanto la corresponsione di un'equa indennità (art. 2047 co. 2 cod. civ.).

Dunque, secondo la Corte non si ravvisa nessuna lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. perché rimane sempre ferma per il danneggiato la possibilità di far valere la pretesa in sede civile.

Né violazione dell' art. 111 co. 2 Cost (principio di ragionevole durata del processo) perché essa è ravvisabile solo con riferimento a quelle norme "che comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza"

L'instaurazione di un nuovo giudizio civile troverebbe giustificazione nel già ricordato carattere accessorio e subordinato dell'azione civile inserita nel processo penale rispetto alle finalità pubblicistiche di quest'ultimo.

ORDINANZA N. 240/14 CORTE COSTITUZIONALE

La legge n. 89 del 24 marzo 2001 è la proiezione di una tutela effettiva al principio della ragionevole durata del processo sancito dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dall'art. 111 Cost. e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, è previsto un diritto all'equa riparazione (art. 2), sotto forma di indennizzo, in caso di superamento della durata ragionevole del processo in base ai parametri stabiliti dall'art. 2 della legge indicata.

In questa sede è d'interesse l'art. 2bis, che regola la misura dell'indennizzo.

Con ordinanza n. 240 del 22 ottobre 2014 la Corte Costituzionale si è pronunciata su una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-bis, comma 3, della legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), sollevata dalla Corte d'appello di Reggio Calabria, sezione civile, con una pluralità di ricorsi (ordinanze del 27 e del 30 settembre, del 3 e del 18 ottobre, del 7, del 15 (due ordinanze) e del 28 (tre ordinanze) novembre, del 10 giugno, del 31 ottobre, del 28 novembre, del 20 e del 30 dicembre, del 25 novembre (tre ordinanze) 2013, rispettivamente iscritte ai nn. da 44 a 61 del registro ordinanze 2014 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 16, 17, 18 e 19, prima serie speciale, dell'anno 2014).

In particolare, la questione sottoposta alla Corte è se la disposizione di cui all'art. 2-bis, comma 3, della legge 24 marzo 2001, n. 89 - secondo cui: «La misura dell'indennizzo, anche in deroga al comma 1 [che prevede, a sua volta, che: «Il giudice liquida a titolo di equa riparazione una somma di denaro, non inferiore a 500 euro e non superiore a 1.500 euro, per ciascun anno, o frazione di anno superiore a sei mesi, che eccede il termine ragionevole di durata del processo»], non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal

giudice» – viola l'art. 117 della Costituzione, in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «nella parte in cui limita la misura dell'indennizzo (liquidabile in favore della parte che abbia subito un danno per la durata irragionevole del processo presupposto) al "valore del diritto accertato" senza alcuna ulteriore specificazione o limite. Il rischio è l'impossibilità di liquidare in alcuna misura un'equa riparazione in favore della parte che, nel processo presupposto, sia risultata interamente soccombente».

Come noto, con le sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale (cd. sentenze gemelle), muovendo dal disposto dell'art. 117 comma 1 Cost. – in base al quale la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni viene esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali, tra cui la CEDU – è stato stabilito da un lato che il giudice nazionale è vincolato ad un'interpretazione della normativa interna convenzionalmente conforme, dall'altro che, qualora ciò non dovesse essere possibile – e quindi in caso di insanabile contrasto tra una norma nazionale e una disposizione della CEDU – dovrà essere sollevata questione di legittimità costituzionale della norma nazionale rispetto all'art. 117 Cost. assumendo come parametro interposto la disposizione della CEDU che si assume violata.

Ebbene, tornando all'ordinanza n. 240 del 22 ottobre 2014 la Corte Costituzionale, secondo l'interpretazione datane dal rimettente i casi astrattamente prospettabili sono tre: il proponente la domanda di equa riparazione sia stato:

- a) parzialmente soccombente – quale attore (o ricorrente) o quale convenuto (o resistente) – nel giudizio presupposto; in tal caso, il valore "soglia" comunque non superabile nella liquidazione dell'indennizzo (imposto dall'art. 2-bis comma 3 della legge citata) dovrebbe identificarsi nel valore del diritto effettivamente riconosciuto alla parte sostanzialmente vittoriosa»;*
- b) totalmente soccombente – quale convenuto (o resistente) – nel giudizio presupposto; in tal caso il valore "soglia" comunque non superabile sarà individuato nel valore del diritto riconosciuto alla parte sostanzialmente vittoriosa, ed ovviamente, salva la specificità della vicenda processuale, potrà essere diversificata la misura dell'indennizzo – entro il range assentito – con tendenziale liquidazione di quella del sostanzialmente soccombente in misura inferiore a quella riconoscibile al sostanzialmente vittorioso ma con possibilità di sua equiparazione ad essa»;*

c) *totalmente soccombente – quale attore (o ricorrente)* – nel giudizio presupposto; in tal caso l'accertamento negativo della sussistenza di un diritto equivale all'accertamento che il diritto fatto valere in giudizio ha valore (per chi asseriva di esserne titolare e di poterne fruire e disporre) giuridicamente ed economicamente pari a zero.

La Corte, dopo aver dichiarato ammissibile la doglianza, ha concluso, nel merito, dichiarando la manifesta infondatezza della questione – in aderenza a quanto già deciso con le ordinanze n. 204 e n. 124 del 2014 su identica questione di legittimità costituzionale – sul rilievo dell'erroneità del presupposto interpretativo assunto a fondamento della stessa. Il comma 3 dell'art. 2-bis della legge n. 89 del 2001, nella parte in cui prevede che la misura dell'indennizzo liquidabile a titolo di equa riparazione «non può in ogni caso essere superiore [...] al valore del diritto accertato dal giudice», deve essere inteso nel senso che si riferisce ai soli casi in cui questi accerti l'esistenza del diritto fatto valere in giudizio dall'attore, il cui valore «costituisce un dato oggettivo, che non muta in ragione della posizione che la parte che chiede l'indennizzo aveva nel processo presupposto», con la conseguenza che detta censurata disposizione, contrariamente a quanto ritenuto dai rimettenti, non comporta l'impossibilità di liquidare un indennizzo a titolo di equa riparazione della violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, in favore di chi, attore o convenuto, sia risultato, nello stesso, soccombente.

Per comprendere compiutamente il provvedimento in esame non può prescindersi dall'analisi dell'ordinanza n. 124 del 2014 della Corte Costituzionale sopra richiamata.

In essa, è interessante seguire il ragionamento dei giudici rimettenti: pervengono ad un'interpretazione tendente ad escludere la possibilità per il soccombente di liquidazione del danno per durata irragionevole del processo attraverso due passaggi:

- a) il limite del valore del diritto accertato dal giudice si applica anche nell'ipotesi di accertamento dell'inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, nel qual caso, poiché il diritto inesistente, «per così dire, "vale zero"», l'indennizzo, non potendo superare tale valore, non potrebbe essere liquidato;
- b) la locuzione «valore [...] del diritto accertato dal giudice» deve essere letta nel senso di «valore dell'accertamento contenuto nella sentenza», valore il quale,

considerato che nel processo l'attore e il convenuto chiedono l'accertamento, rispettivamente, positivo e negativo, in ordine alla sussistenza del diritto fatto valere con la domanda, «è [...] bivalente rispetto alle posizioni delle parti in lite», con la conseguenza che, tra l'altro, nel caso di vittoria dell'attore e, correlativamente, di soccombenza del convenuto, il valore del diritto accertato dal giudice è, per l'attore, quello del diritto del quale egli ha chiesto, e ottenuto, l'accertamento positivo e, per il convenuto, la cui richiesta di accertamento negativo è stata rigettata, è, invece, pari a «zero».

Peraltro, la conclusione della Corte costituzionale si impone anzitutto per la necessità di interpretare l'impugnata disposizione del comma 3 dell'art. 2-bis della legge n. 89 del 2001 in coerenza sistematica con il comma 2-quinquies dell'art. 2 della stessa legge, con il quale il legislatore, nel disciplinare i casi di esclusione del diritto all'indennizzo, ha escluso dallo stesso il solo soccombente che sia stato condannato per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 del codice di procedura civile (lettera a), sicché, ritenere che il medesimo legislatore abbia poi negato tale diritto in tutti i casi di soccombenza in una disposizione che disciplina non l'and del diritto all'indennizzo ma la misura di questo significherebbe disconoscere ogni coerenza alla disciplina legale.