

L'altra *quaestio* del "caso Cappato": la pena draconiana dell'art. 580 c.p.*

di Andrea Pugiotto **
(4 giugno 2019)

SOMMARIO: 1. Fuori sacco. – 2. Non una, ma *due* questioni pendenti. – 3. Una cornice edittale draconiana. – 4. È sindacabile dalla Corte costituzionale la misura della pena? – 5. Preoccupazioni di contesto, superate *de plano*. – 6. Per una riduzione del danno.

1. Fuori sacco

Anarchicamente, mi prendo un minuto fuori sacco per solidarizzare con Radio Radicale, qui presente a garantire che i nostri lavori possano essere fruibili da tutti e, *in primis*, dai giudici costituzionali.

Oggi - come fa ininterrottamente da quarantatré anni - Radio Radicale svolge quell'autentico servizio pubblico che nessuno in Italia ha mai voluto né saputo assicurare. Silenziarne la voce, come sta accadendo in queste ore, sarebbe un atto criminale (*rectius*: Crimi-nale) a danno di tutti, anche del mondo accademico e scientifico privato così di un megafono insostituibile e di un archivio digitale che è una vera e propria vena aurea per ricercatori e studiosi.

2. Non una, ma *due* questioni pendenti

Il mio intervento muove da un dato smarrito nel nostro dibattito: davanti alla Corte costituzionale è in gioco non il solo *reato*, ma anche la *pena* comminata dall'art. 580 c.p.

Sono due, infatti, le questioni incidentali promosse: l'una riguarda l'assolutezza del divieto di aiuto al suicidio; l'altra concerne il trattamento sanzionatorio riservato a tali condotte, punite con la medesima pena (la reclusione da cinque a dodici anni) prevista per le più gravi condotte di istigazione. Per il giudice *a quo*, quanto a spessore costituzionale, le due eccezioni pari sono. È la Corte costituzionale a ordinarle secondo un rapporto di subordinazione logica e cronologica, pronunciandosi poi *esclusivamente* sull'ambito di applicazione della norma, tacendo invece della sua cornice edittale. Processualmente, resta però certo che dovrà pur esserci un pronunciamento anche sulla misura della pena, della cui proporzionalità si dubita: ad esigerlo è il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, ex art. 27, legge n. 87 del 1953.

Ciò è tanto più vero in considerazione di quanto è stato discusso (e deciso) a Palazzo della Consulta, con una pronuncia dove *forma* e *sostanza* non coincidono. Da un punto di vista sostanziale, l'incostituzionalità parziale dell'art. 580 c.p. è già squadernata nelle motivazioni dell'ord. n. 207/2018. Dal punto di vista formale, però, si tratta pur sempre di un'ordinanza interlocutoria: un rinvio della trattazione a data fissa, il 24 settembre prossimo, quando la Corte riprenderà il giudizio attualmente sospeso.

Allo stato degli atti, l'accoglimento della *quaestio* principale è esclusivamente labiale, quindi resta impregiudicata la *quaestio* riguardante il delta punitivo della norma impugnata. Il suo assorbimento potrà determinarsi solo a seguito di una futura sentenza di

* Intervento al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna 27 maggio 2019.

annullamento parziale dell'art. 580 c.p.: esito ancora tutto da scrivere, e rispetto al quale si possono nutrire più speranze che certezze, come ampiamente argomentato nella sua puntuta relazione da Enrico Grosso [Id., *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. Cost.*, 2019, n. 3, in corso di pubblicazione] e come è stato ribadito in molti interventi ascoltati stamane.

Diversamente, è la stessa Corte a metterci sull'avviso (*considerato in diritto*, §1): in caso di «mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa», andranno affrontate «le censure relative alla misura della pena» che conserverebbero intatta la propria rilevanza nel giudizio principale.

3. Una cornice edittale draconiana

Sulla natura «draconiana» [V. MANES, *È ancora suicidio?*, Note per l'udienza pubblica del 23 ottobre 2018, p.7, in *www.giurisprudenzapenale.com*] della cornice edittale impugnata, credo ci siano pochi dubbi.

Punire *indistintamente* con la reclusione da cinque a dodici anni *qualsiasi* condotta meramente agevolativa, anche non incidente sul processo deliberativo dell'aspirante suicida, *equiparandola* così a condotte di istigazione certamente più incisive, è del tutto irrazionale. E c'è un limite (di ragionevolezza) a tutto, anche alla pur ampia discrezionalità legislativa in materia penale.

Di più. Una sanzione spropositata è in sé ingiusta e, per ciò solo, vanifica il fine rieducativo costituzionalmente imposto e preteso fin da quando la pena nasce, nell'astratta previsione normativa (cfr. sentt. nn. 313/1990, 341/1994, 236/2016, 179/2017, 129/2018).

Quanto all'odierna assimilazione sanzionatoria di condotte dal differente disvalore, si giustifica solamente se si individua il bene giuridico presidiato dall'art. 580 c.p. nella «tutela della vita, concepita in termini di indisponibilità assoluta» [R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, pp.1562-1563]. Ma non è questa la sua attuale *ratio*, che la Consulta ricava «alla luce del mutato quadro costituzionale» (*considerato in diritto*, §6). L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – si legge nell'ord. n. 207/2018 – conserva una ragion d'essere soprattutto a tutela di posizioni soggettive particolarmente vulnerabili («persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine»), senza che ciò ne giustifichi un'incriminazione generalizzata. Il che implica necessari distinguo sul piano delle condotte vietate e, quindi, delle relative cornici edittali.

4. È sindacabile dalla Corte costituzionale la misura della pena?

Certa l'incostituzionalità del delta punitivo, la domanda da porsi è la seguente: il principio di stretta legalità penale preclude un controllo di costituzionalità su simili picchi sanzionatori?

Fino a ieri la risposta era - di regola – affermativa, tanto più nell'ipotesi di reati dalla diversa gravità assimilati nel *quantum* della pena. Per la Corte costituzionale era impossibile porvi rimedio: l'obbligo di punire in misura diversa reati disomogenei, infatti, non contiene alcuna vincolante indicazione quantitativa aprendosi così a una pluralità di soluzioni possibili, tale che un eventuale intervento di riequilibrio della Consulta finirebbe per «sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore» (sentt. nn. 22/2007, 68/2012, 81/2014, 23/2016).

Oggi è diverso, potendo ora la Corte costituzionale optare per una soluzione normativa «a rime possibili» [S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. Cost.*, 2019, p.183] e non più necessariamente a rime obbligate. È la nuova stagione del controllo sulla misura della sanzione, inaugurata dalla sent. n. 236/2016 (e proseguita con le sentt. nn. 222 e 233/2018, 40, 88 e 99/2019) dove è stato messo a punto un inedito schema di giudizio, rintracciabile in passato solo episodicamente (cfr. sentt. nn. 49/1989, 341/1994, 68/2012). Funziona così: la Corte costituzionale si è emancipata dallo schema triadico del giudizio di ragionevolezza, rinunciando al «geometrismo tipico del *tertium comparationis*» [V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *www.questionegiustizia.it*, 26 marzo 2019, p.10] e optando per una «schiatta cadenza diadica» [F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. Pen. Contemp. – Riv. Trim.*, 2017, n. 2, p.62] impostata sul diretto raffronto tra la norma penale censurata e il parametro, salvo recuperare il riferimento a *tertium comparationis* all'esclusivo fine di individuare tra essi un sostituto sanzionatorio, fuori però dalla gabbia della norma costituzionalmente obbligata.

È esattamente questa l'impostazione che la Corte d'assise di Milano ha dato alla *quaestio* sulla dosimetria sanzionatoria dell'art. 580 c.p., chiamando la Corte costituzionale a svolgere un giudizio sulla proporzionalità *intrinseca* della pena, in relazione alla sua finalità costituzionale ed al bene giuridico tutelato dalla norma impugnata.

Né manca la prospettazione di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo» (sent. n. 236/2016), entro i quali sia possibile per la Consulta individuare un sostituto sanzionatorio: il giudice *a quo* li indica nell'articolato sistema di pene previsto nella legge n. 194 del 1978, in materia di interruzione volontaria della gravidanza.

Capisco che l'accostamento così compiuto è ardito. E tuttavia va tenuto bene a mente che: [1] le soluzioni sanzionatorie prospettate dal giudice remittente non sono vincolanti "in uscita" per la Corte costituzionale (come dimostrano le sentt. nn. 222/2018 e 40/2019); [2] né la loro indicazione è obbligatoria "in entrata", a pena di inammissibilità della *quaestio*, trattandosi per il giudice *a quo* di individuare non più il verso di una rima normativa obbligata, ma solo «previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento», «anche alternative tra loro» (sent. n. 233/2018); [3] più in generale, al giudice *a quo* spetta porre soltanto la *domanda* sull'incostituzionalità della norma impugnata, non anche formularne la *risposta*, tanto più all'interno di uno schema di giudizio «irrelato» [A. CERRI, *Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, p.49 ss.], cioè condotto al di fuori di un confronto con altre disposizioni penali diversamente sanzionate.

Il giudice costituzionale, dunque, è posto nelle condizioni di pronunciarsi sulla pena dell'art. 580 c.p., manipolandone la cornice edittale. La sua dovrà essere una scelta a favore di una soluzione sanzionatoria più mite, obbligata non in assoluto, ma solo «nel contingente assetto normativo» [D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. Pen. Contemp. – Riv. Trim.*, 2017, n 2, p.57]. Un sostituto sanzionatorio dalla natura provvisoria e transitoria, potendo in futuro il legislatore «individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali» (sent. n. 222/2018).

5. Preoccupazioni di contesto, superabili *de plano*

Circoscritto l'intervento della Corte costituzionale al *quantum* di pena comminabile,

le preoccupazioni di contesto espresse nell'ord. n. 207/2019 verrebbero meno.

Vale per l'affermata esigenza di un presidio penale «anche nella parte in cui sottopone a pena la cooperazione materiale al suicidio» (*considerato in diritto*, §4), dato che la sua estromissione – come paventano i giudici costituzionali (*considerato in diritto*, §10) – potrebbe agevolare «derive di rottamazione consensuale di soggetti deboli» [L. EUSEBI, *Introduzione al focus (I). Menomazioni gravi della salute: “diritto di vivere” o “diritto di morire”?* *Questioni aperte circa le dichiarazioni di rifiuto delle terapie*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2014, p.487], addirittura fuori da una qualunque alleanza terapeutica tra medico e paziente. Una manipolazione della cornice edittale dell'art. 580 c.p., viceversa, si limiterebbe a ridefinirne *in mitius* la portata sanzionatoria, senza alcuna generalizzata depenalizzazione.

Vale anche per l'affermazione – fatta nella scia della giurisprudenza di Strasburgo – secondo cui un'interferenza della pubblica autorità nella sfera di autonomia individuale concernente le decisioni che coinvolgono il proprio corpo «debba risultare proporzionata al legittimo scopo perseguito» (*considerato in diritto*, §7). La manipolazione dell'attuale forbice edittale dell'art. 580 c.p. servirebbe esattamente a restituire proporzionalità all'intervento punitivo in materia.

E ancora. Se - come scrive la Corte - «l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione» (*considerato in diritto*, §8), lo è invece il suo «divieto assoluto» che finisce «per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta della terapia, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze» (*considerato in diritto*, §9). Da qui la necessità costituzionale di intervenire, almeno e per intanto, sulla misura della pena irragionevolmente eguale per qualsiasi modalità di agevolazione all'altrui suicidio, anche quando animata da autentici intenti solidali.

Nell'ord. n. 207/2019, infine, si esprime la preoccupazione che, in assenza di una disciplina *ad hoc*, «le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*)» possano non beneficiare di un eventuale intervento legislativo di non punibilità (*considerato in diritto*, §10). *Va de plano* che il sostituto sanzionatorio più mite, frutto della manipolazione operata dalla Corte sulla pena dell'art. 580 c.p., troverebbe applicazione davanti alla Corte d'assise di Milano, come pure negli altri processi penali in corso per identica imputazione (come quello, attualmente sospeso, davanti al Tribunale di Massa che vede imputati lo stesso Marco Cappato e Mina Welby).

6. Per una riduzione del danno

Perché invito a esplorare anche questa strada? Il fatto è che l'epilogo del giudizio di costituzionalità nato dal “caso Cappato” è un film ancora tutto da vedere. Potrà essere nel senso di una ridefinizione dell'ambito applicativo del reato di aiuto al suicidio, della cui attuale illegittimità la Corte mostra di avere piena consapevolezza.

Al «riscontrato *vulnus*» costituzionale (così l'inequivocabile *incipit* del *considerato in diritto*, §10), la Consulta potrà porre rimedio, forse, attraverso la tecnica dell'additiva di principio, come suggerisce la relazione di Carmela Salazar [D., «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, n. 3, in corso di pubblicazione]: anche se simili sentenze – è onesto ricordarlo – presentano un grave *deficit* sotto il profilo della tassatività-determinatezza che la Costituzione pretende dalle norme penali.

È possibile che accada. Personalmente – lo dico a scanso di equivoci - me lo auguro, e lo auspico. Ma se non accadesse?

L'inedita scelta processuale tradottasi nell'ord. n. 207/2019 è certamente spia di una

faglia profonda che attraversa al suo interno il collegio costituzionale, ma è anche il sintomo delle difficoltà oggettive che i suoi giudici incontrano quando si misurano con la discrezionalità legislativa penale. Presa in questa ragnatela, la Corte costituzionale non avanza né arretra, ma tenta di uscirne con un rinvio della trattazione a data fissa che - temo - si rivelerà un atto mancato: perché per *questo* legislatore è più facile proibire e punire, che legiferare in maniera e misura adeguate.

Inerti Parlamento e Governo (il cui mutismo non è il silenzio degli innocenti), e prigioniera la Corte della propria impotenza, pavento che il conto finale venga presentato a Marco Cappato e a chi, decidendo di aiutare un altro (egualmente sfortunato e determinato) Fabiano Antoniani, dovrà mettere in conto un'imputazione per aiuto a suicidio, un processo e la condanna a una reclusione compresa tra i cinque e i dodici anni. Alzi la mano chi non avverte il nauseante odore di ingiustizia costituzionale in un simile finale di partita.

Per come rischiano di mettersi le cose, ridimensionare l'eccedenza punitiva dell'art. 580 c.p., assicurerebbe quanto meno una riduzione del danno. Sarà poi il giudice penale, scalando verso il basso all'interno di una ridefinita cornice edittale più mite, e capitalizzando le attenuanti del caso, a restituire alla pena irrogata in concreto tutta la ragionevolezza possibile. Nell'attesa che il legislatore faccia finalmente la sua parte, e senza che la sua discrezionalità funga da ostacolo (o da alibi) per i giudici costituzionali.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Ferrara