



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE
XXIV CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE PENALISTICHE

IMPUTABILITA' E NEUROSCIENZE:
PROBLEMATICHE E PROSPETTIVE

Settore scientifico – disciplinare: IUS/17

Dottoranda
GIULIA VOLPATTI

Coordinatore chiar.mo
PROF. PAOLO PITTARO

Supervisore di tesi chiar.ma
PROF.SSA MARIA CRISTINA BARBIERI

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

Abstract:

L'imputabilità rappresenta uno degli istituti più importanti, ma anche più controversi del nostro diritto penale. Identificata come la capacità di intendere e di volere, essa non trova nel codice penale una definizione in positivo, ma viene descritta attraverso le c.d. cause di esclusione dell'imputabilità, di cui agli artt. 88 e seguenti del codice (vizio di mente totale e parziale, ubriachezza ed intossicazione da stupefacenti, sordomutismo e minore età). Uno degli aspetti più problematici dell'imputabilità è la sua collocazione nella sistematica del reato; la dottrina, infatti, non è unanime nel considerarla quale presupposto della colpevolezza in quanto vivide sono ancora le correnti di pensiero che, coerentemente con la scelta codicistica operata dal legislatore, identificano l'imputabilità con una condizione del soggetto, uno status dell'uomo. Ciononostante, accantonate le divergenze di opinione su questo primo snodo (ritenute, peraltro, da alcuni superate a seguito della presa di posizione della Corte di Cassazione), di difficile soluzione risultano anche i rapporti tra l'imputabilità ed il vizio di mente, che ne rappresenta la principale causa di esclusione. In particolare, il concetto di vizio di mente ha subito nel corso dei decenni numerose interpretazioni: il suo legame diretto con la scienza psichiatrica ne ha inevitabilmente influenzato l'evoluzione. Ed analogamente, anche la crisi della scienza ha svolto un ruolo fondamentale nel dibattito relativo a cosa debba intendersi con il concetto di infermità mentale. Abbandonata la convinzione che la scienza sia connotata da infallibilità e paragonabile a verità assoluta, viene così a mancare quel sicuro punto di riferimento a cui era solito rivolgersi il giudice al fine di trovare ausilio in tema di vizio di mente. Oggigiorno, pertanto, le incertezze scientifiche si riverberano nel processo penale quando l'interrogativo è capire se un soggetto era capace di intendere e di volere al momento in cui ha commesso una fattispecie di reato. Tanto la crisi si è fatta sentire, tanto da trasformarsi in vera e propria crisi dell'imputabilità, al punto da far sollevare voci in merito alla possibilità di eliminarla dal nostro codice il concetto stesso. Proposte inaccettabili considerata in primis la valenza costituzionale dell'imputabilità (come presupposto della colpevolezza) ed, in secundis, il contrasto con i principi di tassatività e determinatezza. In questo quadro, alcuni neuroscienziati propongono, quale strumento per sopperire alle lacune ed ai limiti delle metodologie tradizionali in tema di perizia psichiatrica, l'utilizzo delle recenti tecniche di neuroimaging. Trattasi di un gruppo di discipline scientifiche che studia il funzionamento del cervello e del sistema nervoso; vengono analizzati la comprensione del pensiero umano, le emozioni ed i comportamenti biologicamente correlati, attraverso cui si manifesta o non manifesta il pensiero stesso, mediante l'utilizzo di strumenti altamente scientifici, atti ad esaminare molecole, cellule, reti nervose. Queste nuove metodologie hanno permesso ai neurologi di giungere a scoperte che, da alcuni punti di vista non possono non dirsi davvero interessanti (e per certi versi anche sensazionali): si pensi alla correlazione tra comportamento aggressivo e geni o alla possibilità di prevedere le scelte che il paziente farà grazie all'osservazione del funzionamento dei suoi neuroni. Non con altrettanto entusiasmo, però, i giuristi hanno accolto le neuroscienze come nuove alleate nella risoluzione delle difficoltà interpretative legate al concetto di vizio di mente e, quindi, di imputabilità. Tutt'altro. Si può affermare che l'opinione dominante serba un atteggiamento diffidente ed alle volte anche di totale rigetto di queste nuove tecnologie. La motivazione risiede nella paura che le nuove scoperte, se amplificate e portate agli estremi, possano cancellare il principio del libero arbitrio dell'uomo, possano portare all'assurdo di considerare gli uomini come tutti inimputabili perché dominati dal cervello ed incapaci, quindi, di autodeterminarsi nel mondo esterno. Come sempre, il punto di vista più corretto per valutare gli effetti e le conseguenze di una novità è quello che non si arrocca agli estremi, bensì prende le medesime distanze dagli stessi. Così come nei confronti delle neuroscienze: nessuna rivoluzione copernicana, l'uomo resta sempre l'essere libero e capace di muoversi tra motivi antagonisti operando delle scelte consapevoli, senza essere dominato dal suo sistema nervoso. Le tecniche di neuroimaging, però, e questo non lo si può e non lo si deve negare, apportano un grande ausilio nella redazione della perizia psichiatrica. La complessità e particolarità dei nuovi test introdotti permette di avere una visione più completa e più attendibile sulle condizioni mentali dell'individuo. Se accostate ai metodi tradizionali, il giudice dalle stesse potrà fruire, in fine, di una perizia più attendibile e completa, giovandosene così in sede di decisione e successiva motivazione.

INDICE

Introduzione	4
--------------	---

CAPITOLO I L'IMPUTABILITÀ

1. La disciplina dell'imputabilità: dal Codice Zanardelli al Codice Rocco	8
2. L'imputabilità oggi	19
3. L'imputabilità nella sistematica del reato	28
3.1 La colpevolezza	30
3.1.1 La teoria psicologica della colpevolezza	34
3.1.2 La teoria normativa della colpevolezza	36
3.2 Il rapporto tra l'imputabilità e la colpevolezza	39
4. Le cause di esclusione dell'imputabilità: tassatività?	46
4.1. Il vizio di mente	48
4.1.1 L'evoluzione del concetto di infermità mentale	49
4.1.2. La pronuncia delle Sezioni Unite in merito ai disturbi della personalità	55
4.2. Il vizio parziale di mente	65
4.3. Ubriachezza ed uso di sostanze stupefacenti	70
4.3.1 Ubriachezza accidentale	70
4.3.2 Ubriachezza volontaria o colposa	72
4.3.3 Ubriachezza preordinata	76
4.3.4 Ubriachezza abituale	79
4.3.5 Cronica intossicazione da alcool o stupefacenti	80
4.4. Il sordomutismo	82

4.5. La minore età	84
4.6. Gli stati emotivi e passionali	90

CAPITOLO II

LE NEUROSCIENZE

1	Cosa sono le neuroscienze?	94
	1.1 Le neuroscienze ed il vizio di mente	121
2	Neuroscienze e prova scientifica	136
	2.1 La Cassazione ed i criteri della sentenza Daubert	154
3	Le neuroscienze mettono in crisi il concetto di imputabilità?	162
	3.1 I progetti di riforma	164
	3.2 Uno sguardo alle legislazioni straniere	170
	3.2.1 Il metodo psicopatologico nell'ordinamento spagnolo riformato e le analogie con quello finlandese e greco. Il nuovo codice portoghese	172
	3.2.2 Il metodo psicologico nell'esperienza francese, belga ed olandese	176
	3.2.3 Il metodo psicologico-normativo nei sistemi anglosassoni	179
	3.2.4 Il metodo misto nel codice penale tedesco	181
	3.3 Se e come modificare le norme in tema di imputabilità	183

CAPITOLO III

NEUROSCIENZE E GIURISPRUDENZA

1.	La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste	195
	1.1 La vicenda	195
	1.2 Le perizie sulla capacità di intendere e di volere	198
	1.3 Il ruolo delle neuroscienze	199

2.	La sentenza del Tribunale di Como	208
2.1	La vicenda	208
2.2	Le perizie sulla capacità di intendere e di volere	210
2.3	Il ruolo delle neuroscienze	212
	Conclusioni	227
	Giurisprudenza	233
	Bibliografia	237

INTRODUZIONE

I rapporti tra imputabilità e neuroscienze rappresentano il tema principale svolto nel presente elaborato. Esso è suddiviso in tre capitoli.

Il primo capitolo è dedicato all'analisi del concetto di imputabilità. Il tema sarà affrontato *in primis* in una prospettiva storica: dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. In secondo luogo, saranno presi in considerazione i rapporti tra l'imputabilità e la colpevolezza, nonché la collocazione sistematica del concetto nel codice penale. Infine, l'attenzione sarà rivolta alle cause di esclusione della capacità di intendere e di volere, descritte una ad una, con particolare attenzione al vizio di mente.

Già dalla spiegazione del concetto di vizio di mente emergerà uno dei punti nevralgici della dissertazione: il rapporto tra diritto e scienza. Se si dà per pacifico che l'imputabilità è un concetto allo stesso tempo empirico e normativo, non sarà difficile comprendere come inevitabilmente il diritto penale sia costretto a rivolgersi al mondo scientifico per poter assolvere alla sua funzione nell'ordinamento.

Questo rapporto tra scienza e diritto, però, se un tempo non destava alcun tipo di preoccupazione ma, anzi, era fonte di rassicurazione e certezza poiché la scienza era considerata certa ed infallibile e, quindi, il giudice si affidava quasi ciecamente alle risultanze scientifiche, da alcuni anni a questa parte è fonte di nervosismo ed interrogativi.

Il punto di partenza è la considerazione che la scienza non è più improntata a quella sacrale obiettività che le si accreditava nell'Ottocento. Lontani sono, infatti, i tempi in cui veniva riconosciuta alla scienza una infallibilità e validità assoluta.

Ed il mondo del diritto non può che risentirne gli effetti nelle aule di tribunale e nelle osservazioni della dottrina.

La mancanza di certezza nella risposta epistemologica si riverbera sul piano normativo che rischia di non trovare più risposte e soluzioni alle questioni giuridiche.

In questo panorama si inseriscono le neuroscienze, a cui è dedicato l'intero secondo capitolo.

Le neuroscienze studiano il sistema nervoso, analizzano la comprensione del pensiero umano, le emozioni ed i comportamenti, biologicamente correlati, attraverso cui si manifesta o meno lo stesso, utilizzando strumenti altamente scientifici, atti ad esaminare molecole, cellule e reti nervose.

Le tecniche neuroscientifiche, quindi, spiegano come funziona, si sviluppa e degenera il sistema nervoso.

L'avvento di queste nuove tecnologie nel giudizio della capacità di intendere e di volere, in un momento storico in cui il diritto non si può più fidare ciecamente della scienza perché oramai ritenuta anch'essa fallibile, crea diverse reazioni nel mondo giuridico.

Come sempre accade, una parte dei tecnici del diritto accolgono positivamente una novità scientifica e le potenzialità che la stessa riserba, altra parte (forse maggioritaria), invece, la qualifica come "cattiva scienza" e ne chiede l'allontanamento dal mondo del diritto penale.

In realtà, il dibattito sulle neuroscienze ha un'origine ben precisa: l'origine della responsabilità penale.

Il paradigma su cui si fonda la responsabilità penale è dato dalla verifica del libero arbitrio, della colpevolezza e dell'imputabilità del soggetto agente. Se io sono libero, posso agire; se agisco, ci saranno delle conseguenze di cui avrò consapevolezza, di cui sarò responsabile.

Le neuroscienze coadiuvano la dottrina e la giurisprudenza a capire quanto l'individuo sia veramente libero e responsabile delle proprie azioni o piuttosto determinato nel suo agire.

Se il soggetto non è libero nel suo agire o nel suo omettere di agire, è responsabile da un punto di vista penale? Uno studioso del diritto porrebbe il suo interrogativo in questi termini, un difensore disserterebbe sulla posizione del suo assistito nelle aule di tribunale ed un giudice si rivolgerebbe al perito.

I neuroscienziati, invece, pongono la questione diversamente: se l'aggressività è riconducibile a precisi circuiti nervosi, è possibile che un'alterazione congenita, morfologica o funzionale degli stessi possa portare ad un comportamento anormale che sfugga al controllo intenzionale dell'individuo, pur non essendo riconducibile a nessuna patologia accertata?

È possibile parlare di libero arbitrio se la genetica molecolare ha individuato con certezza un certo allele, che aumenta in maniera significativa la spinta verso situazioni "estreme", fuori dunque dalla legalità?

Proprio questo modo di collegare il libero arbitrio e la propria autodeterminazione alle risultanze scientifiche neurologiche spaventa i giuristi.

Spesso, infatti, si interpretano le risultanze delle analisi e dei test neuroscientifici come una forzata intrusione della scienza nelle categorie del diritto penale.

Per questo motivo, in ambito forense gli accertamenti neuropsicologici sono spesso oggetto di opposti pregiudizi: da un lato se ne afferma l'inutilità di principio, sostenendo che colloquio ed osservazione clinica (metodo tradizionale) sono più che sufficienti a fornire tutti gli elementi utili per la decisione, dall'altro si tende ad immaginare l'indagine neuropsicologica come una via d'accesso privilegiata all'altrimenti insondabile profondità della mente umana.

Il fulcro del dibattito, pertanto, si incardina proprio nell'interpretazione che si fornisce delle risultanze neuroscientifiche.

Due diverse visioni si palesano: quella di coloro che intravedono nelle neuroscienze il tentativo di minare le basi del diritto penale proponendo test scientifici i cui risultati offrono una visione dell'uomo non più come essere

libero, ma determinato e “manovrato” dal suo cervello e quella, invece, che intravede nelle potenzialità delle neuroscienze un valido strumento da affiancare alle tecniche tradizionali finalizzato a coadiuvare il giudice nel formulare il ragionamento giuridico.

Lo scopo, pertanto, del secondo capitolo è proprio quello di mettere in luce pregi e difetti delle neuroscienze, dedicando una particolare attenzione proprio ai risvolti che le stesse possono avere nel giudizio sulla capacità di intendere e di volere.

Infine, due esempi pratici dell'utilizzo delle nuove tecnologie nelle aule di tribunale. Verranno analizzate le sentenze della Corte d'Appello d'Assise di Trieste e del Tribunale di Como: prime ed uniche pronunce in cui la decisione si è avvalsa dei risultati neuroscientifici e ha inciso sulla determinazione della pena concreta inflitta all'imputato.

Queste pronunce dimostrano come sia possibile fruire dei risultati delle neuroscienze in un'aula di tribunale senza per questo mettere in discussione il principio del libero arbitrio dell'uomo o la sua capacità di autodeterminazione.

Esse costituiscono un valido esempio di quale sia la prospettiva da cui osservare i risultati scientifici ed entro quali limiti poterne usufruire.

CAPITOLO I

L'IMPUTABILITÀ

SOMMARIO: 1. La disciplina dell'imputabilità dal Codice Zanardelli al Codice Rocco 2. L'imputabilità oggi 3. L'imputabilità nella sistematica del reato 3.1. La colpevolezza 3.1.1. La teoria psicologica 3.1.2. La teoria normativa 3.2. I rapporti con la colpevolezza 4. Cause di esclusione dell'imputabilità: tassatività? 4.1. Il vizio di mente 4.1.1. L'evoluzione del concetto di infermità mentale 4.1.2. La pronuncia delle Sezioni Unite in merito ai disturbi della personalità 4.2. Vizio parziale di mente 4.3. Ubriachezza ed uso di sostanze stupefacenti 4.3.1 Ubriachezza accidentale 4.3.2. Ubriachezza volontaria o colposa 4.3.3. Ubriachezza preordinata 4.3.4. Ubriachezza abituale 4.3.5. Cronica intossicazione da alcool o stupefacenti 4.4. Sordomutismo 4.5. La minore età 4.6. Gli stati emotivi e passionali

1. La disciplina dell'imputabilità dal Codice Zanardelli al Codice Rocco

"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile.

E' imputabile chi ha la capacità di intendere e volere" (art. 85 c.p.).

Questa la definizione dell'imputabilità fornita dal Codice Rocco. Prima di analizzarla nello specifico è doveroso ripercorrere l'evoluzione che tale concetto ha subito dagli albori del Codice Zanardelli sino al vigente Codice.

In una prospettiva storica, solo con il progetto del codice penale del 1887 del Ministro Zanardelli trova espresso riconoscimento il principio fondamentale che *"regge tutta la materia dell'imputabilità"*¹. All'epoca, mancava ancora una

¹ Zanardelli G., *Relazione Ministeriale sul Libro primo del progetto di codice penale*, presentata alla Camera dei Deputati dal Ministro Zanardelli il 22 novembre 1887, XLIII. *"Il progetto del 1883 infatti,*

chiara presa di posizione circa gli elementi che dovevano concorrere a formare il giudizio di imputabilità, tuttavia, risultava unanime la convinzione che *“la sola esecuzione materiale del fatto non possa ritenersi sufficiente per dichiarare l'autore medesimo colpevole di un reato ed assoggettarlo alla sanzione penale corrispondente”*².

In merito alla questione del fondamento dell'imputabilità, vi erano diverse posizioni dottrinali: quella del libero arbitrio³, quella contraria avanzata dai deterministi⁴ e quella intermedia che *“fa consistere il cardine dell'imputabilità nella volontarietà del fatto, indipendentemente dal libero arbitrio”*⁵. Si optò per quest'ultima⁶.

Ma proprio perché in certi casi si riconobbe che *“nell'azione od omissione stessa, sebbene sia opera di un uomo, ed anche fuori dell'ipotesi di errore di fatto, può (...) non concorrere la volontà”*, si sentì la necessità di determinare le circostanze in cui *“può e deve risultare escluso o diminuito l'elemento morale del reato, ossia*

come tutti gli altri, non conteneva una disposizione generale sull'imputabilità; in esso, nel definire i reati e le rispettive circostanze, si era quasi costantemente omessa l'enunciazione dell'elemento morale, rimaneva dunque incerto quel principio su cui regge tutta la materia dell'imputabilità e quindi tutta la funzione penale prima della condanna” così Manzini V., voce *Codice penale*, in *Dig. It.*, vol. VII, parte II, Torino 1929, 509.

² Villa T., *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto del codice penale presentato alla Camera dei Deputati seguita dalle proposte, voti e osservazioni della commissione e di vari deputati*, Torino, 1888, LXIV.

³ Teoria secondo la quale il fondamento dell'imputabilità è la libertà del volere; la pena, in quanto castigo, presuppone che l'uomo sia stato causa cosciente e libera del fatto commesso. Egli avendo la possibilità di scegliere il bene ha, invece, scelto il male. Questa libertà di scelta fa difetto negli individui che non hanno un sufficiente grado di sviluppo intellettuale o sono affetti da gravi anomalie psichiche: essi non sono liberi, quindi, non possono essere puniti. Così Antolisei F., *Diritto penale. Parte generale*, XIII° ed. aggiornata ed integrata da L. Conti, Milano, 1994, 559.

⁴ Teoria secondo la quale nessun fenomeno può verificarsi senza che sia stato preceduto da un insieme di condizioni che lo determinano necessariamente.

⁵ Villa T., *Relazione Commissione*, cit., XLIV.

⁶ *“Occorreva soltanto fissare prima una norma generale, che stabilisse quel caposaldo dell'imputabilità intorno a cui si dovessero poi coordinare le disposizioni speciali sulle cause escludenti e diminuenti; e siffatta norma generale s'informò appunto alla terza fra le dottrine testè accennate, la cui esattezza giuridica è così perspicua che niuno ebbe a fare osservazioni sulla norma, che sta scritta nella prima parte dell'art. 46, se non in quanto parve tanto elementare da potersene persino ritenere superflua la disposizione nella legge”* in *Relazione commissione*, cit., LXVII.

l'imputabilità di questo all'autore del fatto materiale"⁷. E proprio su questo versante, cioè sul terreno dell'irresponsabilità per alterazione di mente, che il Progetto Zanardelli offrì le innovazioni più importanti.

Ciononostante, è doveroso sottolineare che il legislatore dell'epoca era combattuto da due pensieri dominanti: il desiderio di accogliere le audacie della Scuola Positiva e l'attaccamento, non ancora illanguidito, verso le dottrine classiche. *"Da questo cozzo si origina un certo grado di irresolutezza, che si appalesa a chiunque cominci la lettura"*⁸ del titolo relativo all'imputabilità. Non si può di certo, infatti, nascondere che *"poche formule, nella storia della nostra codificazione, sono state tormentate e tormentose al pari"*⁹ di quella infine accolta nell'art. 46 del codice del 1889; difficoltà che, ci si permette di aggiungere, ancora oggi circondano il concetto *de quo*. Nell'immediato, infatti, la formula proposta non incontrò il successo sperato in quanto sin da subito si osservò che *"nella legislazione succede, spesso, quel che avviene nella vita: quando si vuol troppo, assai di frequente, si finisce col non dir nulla. Ciò che sia un pazzo lo sappiamo tutti, ma forse, non lo sapremo più quando lo cercheremo nella formula del legislatore"*¹⁰.

Il Ministro Zanardelli presentava, quindi, alla Camera dei Deputati la nuova disciplina in tema di imputabilità contenuta nel progetto definitivo di codice penale: art. 47 *"Non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente da togliergli la coscienza dei propri atti o la possibilità di operare altrimenti"*. La norma, nel testo definitivo di cui all'art. 46 c.p. venne infine modificata dalla Commissione preposta alla revisione definitiva del progetto nei seguenti termini: *"non è*

⁷ Villa T., *Relazione commissione, cit.*, XLIV.

⁸ Tamassia N., *Il progetto del codice penale nei suoi rapporti con la giurisprudenza medica*, in A.A.V.V., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889, 286.

⁹ Alimena B., *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896, 79.

¹⁰ Alimena B., *I limiti, cit.*, p. 88.

punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti”.

Come si può ben notare, la nuova disciplina del concetto di imputabilità fu a favore di un metodo c.d. analitico che offrisse una seppur minima definizione dei disturbi psichici ai quali riconoscere la capacità di escludere l'imputabilità. A sorreggere la scelta di un tale metodo due le motivazioni di fondo: la maggior capacità di garantire un'applicazione delle norme più trasparente e certa, anche nel caso in cui l'evoluzione scientifica non fosse lineare ed univoca, e la maggior idoneità a definire, delimitandoli, gli spazi di operatività della disciplina della non imputabilità per vizio di mente¹¹.

Al fine di raggiungere tali obiettivi, in merito al contenuto del presupposto biologico-psicologico del giudizio, si ritenne opportuno fare ricorso a nozioni sintetiche, ma allo stesso tempo specifiche, quali inizialmente quelle di *“stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente”* poi sostituite nel testo definitivo da quella ancora più sintetica di *“infermità di mente”*, in quanto una elencazione troppo casistica sarebbe stata non esaustiva delle varie forme di disturbi mentali, di natura morbosa, cui riconoscere efficacia scusante.

In dottrina, si precisava che con l'espressione *“deficienza”* si comprendevano tutti gli stati di mancato sviluppo, di sviluppo imperfetto e di inazione delle facoltà mentali anche solo transitorie (es. sonnambulismo) che valessero ad escludere l'imputabilità; con *“alterazione morbosa”* si faceva riferimento ad ogni e qualunque forma patologica mentale, permanente o accidentale, generale o parziale. Infine, l'espressione *“mente”* doveva essere intesa nel suo significato più ampio, sì da comprendere tutte le facoltà psichiche dell'uomo, innate ed acquisite, semplici e composte, dalla memoria alla coscienza, dalla intelligenza alla volontà, dal raziocinio al senso morale¹².

¹¹ Bertolino M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 366.

¹² Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 368.

Una volta definito il presupposto biologico-psicologico del giudizio di imputabilità, era necessario definire anche le conseguenze che l'anomalia mentale doveva produrre per escludere l'imputabilità, ovvero il suo presupposto psicologico-normativo. Tali effetti vennero individuati in quei difetti o turbamenti che *"dipendono da uno stato psichico tale da togliere la coscienza dei propri atti o la possibilità di operare altrimenti ossia [...] tale da togliere la capacità di intendere e di volere"*¹³. Tuttavia nel testo definitivo dell'art. 46 c.p. l'espressione *"possibilità di operare altrimenti"* fu sostituita da quella di *"libertà dei propri atti"*, in quanto espressione ritenuta più concreta ed efficace. In breve, l'art. 46 prevedeva che *"l'uomo è irresponsabile quando qualunque infermità, cioè qualunque causa morbosa, che attacchi la psiche, produca o la mancanza di coscienza, - che comprende i casi di follia intellettiva-, o la mancanza di libertà degli atti, -che comprende i casi di follia impulsiva o volitiva"*¹⁴.

In merito, invece, all'istituto della semimputabilità, di cui all'art. 47 *"Quando lo stato di mente indicato nell'articolo precedente era tale da scemare grandemente la imputabilità, senza escluderla, la pena stabilita per il reato commesso è diminuita [...]"*, le uniche perplessità che emersero durante il dibattito parlamentare riguardarono l'opportunità di mantenere, in riferimento all'infermità di mente, il termine *"grandemente"* o di sostituirlo con quello di *"stato prossimo"* ovvero di sostituire qualsiasi riferimento quantitativo relativo alla diminuita capacità.

Ma, il dibattito più acceso si rivelò in tema di trattamento da riservare ai soggetti riconosciuti non imputabili per infermità di mente¹⁵. Inizialmente il progetto Zanardelli sembrava appoggiare la posizione positivista a favore della istituzione dei manicomi criminali prevedendo che il giudice potesse ordinare il

¹³ Zanardelli G., *Relazione ministeriale*, cit., 224.

¹⁴ Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 371.

¹⁵ Per i soggetti riconosciuti semi-imputabili, il giudice aveva la facoltà di ordinare che la pena detentiva inflitta venisse scontata in una casa di custodia, fino all'eventuale revoca da parte dell'autorità competente.

ricovero del soggetto prosciolto per infermità di mente in un manicomio criminale o comune, ma la disposizione non fu accolta dalle Commissioni parlamentari per il pericolo di attribuire al magistrato un arbitrio senza limiti.

La successiva formulazione prevedeva che *“il giudice, ove stimi pericolosa la liberazione dell'imputato prosciolto, ne ordina la consegna all'autorità competente per i provvedimenti di legge”* (art. 46, cpv). In realtà, il generico affidamento all'autorità competente si sostanziava nel ricovero in manicomio comune di competenza del giudice civile, sempre che il giudice penale avesse ritenuto non solo pericoloso il soggetto, ma anche bisognoso di un tale affidamento¹⁶.

Riassumendo, si può affermare che il Codice Zanardelli rappresenta, nel complesso, la realizzazione del modello di diritto penale teorizzato dalla Scuola Classica¹⁷, che muovendosi dal postulato del libero arbitrio (uomo assolutamente libero nella scelta delle proprie azioni) pone a fondamento del diritto penale la responsabilità morale del soggetto e la concezione etico-retributiva della pena. Qualora l'individuo fosse privo di ogni libertà di scelta e

¹⁶ Si noti che la posizione del Codice del 1889 contro la presunzione di pericolosità dei soggetti non imputabili per infermità di mente ha trovato riconoscimento, a distanza di quasi un secolo, nella riforma attuata dall'art. 31, Legge n. 663 del 1986 che ha abrogato l'art. 204 c.p.

¹⁷ La Scuola Classica rappresenta l'interpretazione della criminalità e della giustizia penale sviluppatesi nel diciottesimo secolo; tra gli Autori più noti vi sono i nomi di Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. La Scuola Classica contribuì ad una concezione umanistica del sistema legale e della giustizia penale. Lo scopo principale della legge era quello di fungere da deterrente al comportamento criminale; la legge sottolineava la responsabilità morale ed il dovere dei cittadini di considerare per intero le conseguenze dei loro comportamenti prima di agire. Questa impostazione presupponeva che gli esseri umani fossero razionali e liberi nell'agire. Ogni individuo avrebbe dovuto essere in grado di ponderare il piacere da trarre da un comportamento illegale, rapportandolo con la punizione decretata dalla legge ed in seguito decidere di agire. Secondo Bentham, la punizione costituisce un male in sé, essa va applicata soltanto per poter evitare un male più grande, divenendo la deterrenza l'unica grande giustificazione della punizione.

La Scuola Classica distingueva due tipi di deterrenza: una di carattere specifico (applicata all'individuo che avesse commesso un reato: l'idea era quella di infliggere un dolore sufficiente a controbilanciare il piacere ottenuto dalla commissione del reato) ed una di carattere generale (che doveva servire a scoraggiare i potenziali rei, mostrando loro che un individuo punito non trae guadagno dal suo reato).

È possibile riassumere i concetti fondamentali della Scuola Classica nei seguenti termini: ogni individuo è libero di prendere le decisioni e di compiere le proprie scelte in modo razionale; un crimine è un atto contro il contratto sociale e, quindi, un'offesa morale contro la società. Ogni pena è giustificata nella misura in cui serva a preservare il contratto sociale e, di conseguenza, lo scopo della pena consiste nel prevenire violazioni future, scoraggiando comportamenti socialmente pericolosi. Sono giustificate soltanto quelle pene la cui quantità controbilanci i vantaggi ottenuti commettendo un reato.

non avesse la possibilità di agire altrimenti, nessun rimprovero potrebbe essergli mosso allorché violi la legge. In effetti il legislatore ha lavorato prevalentemente con lo sguardo verso il passato, nell'intento di rimuovere (in nome dei principi liberali, di umanità ed equità) i difetti delle legislazioni penali anteriori.

I principi liberali di natura garantistica del codice del 1889, tuttavia, furono messi in discussione dall'ondata di totalitarismo che caratterizzò anche l'Italia nel periodo tra le due guerre e che portò alla codificazione del 1930. Infatti, le istanze repressive del regime fascista e le proposte della Scuola Positiva¹⁸ si ritrovano, ad esempio, nell'introduzione del sistema del doppio

¹⁸ La Scuola Positiva si sviluppa a partire dal diciannovesimo secolo e gli inizi del positivismo vengono fatti risalire ai lavori di tre studiosi italiani: Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Sicuramente si può affermare che laddove i riformatori classici cercavano di modernizzare e rendere più rispettoso della dignità umana il sistema in cui vivevano, i positivisti si ponevano lo scopo di ordinare e spiegare scientificamente il mondo attorno a loro. Mentre i classicisti ritenevano che gli esseri umani possedessero una mente razionale, che li poneva in grado di scegliere liberamente tra il bene ed il male, i positivisti vedevano il comportamento umano come determinato da tratti biologici, psicologici e sociali. Le caratteristiche principali, infatti, del pensiero criminologico positivista sono: una visione determinista del mondo e l'interesse verso il comportamento criminale in sé, più che verso aspetti legali come i diritti, la prevenzione del crimine, la cura e la riabilitazione dei rei. Elemento comune tra coloro che studiavano la criminalità da una prospettiva positivista era l'uso di tecniche di ricerca scientifica ed alla base dello studio del comportamento umano, in particolare del comportamento criminale, veniva posta la teoria dell'evoluzione avanzata da antropologi e biologi. I positivisti assunsero una posizione deterministica verso il comportamento, scartando la concezione classica degli esseri umani come persone razionali e libere di scegliere. Il valore deterrente della pena apparve, in questa prospettiva, meno dotato di senso. Infatti, se il comportamento di un individuo non era basato su decisioni razionali, come poteva funzionare il sistema di deterrenza individuale? Bisognava trovare i fattori che stavano alla base del comportamento criminale, per rimuoverli o curarli. Inoltre, era necessario saper prevedere quali individui avessero maggiori probabilità di divenire criminali, in modo da prevenire la loro azione prima che danneggiassero se stessi e la società.

Secondo i positivisti, l'unica spiegazione della criminalità era di tipo sociale. Punto di partenza era il postulato del determinismo causale, ossia dall'idea che il delitto non fosse espressione di una libera scelta del soggetto, ma manifestazione necessitata di determinate cause; alla base del diritto penale non vi è più la responsabilità etica, ma la pericolosità sociale del soggetto e la concezione difensiva della sanzione penale.

È così possibile riassumere i concetti fondamentali della Scuola Positiva: gli esseri umani vivono in un mondo caratterizzato da rapporti causa-effetto in cui regna un ordine che è possibile individuare e scoprire attraverso l'osservazione sistematica; i problemi sociali, come la criminalità, possono essere risolti attraverso lo studio sistematico del comportamento umano. L'applicazione della scienza rende la natura umana migliorabile. Il comportamento criminale dipende da diversi tipi di anormalità che possono essere intrinseche all'individuo o possono scaturire dalla società. Le caratteristiche dell'anormalità vanno stabilite mediante il confronto con quelle della normalità. Scoperte le anormalità, è compito della criminologia provvedere alla loro correzione, bisogna sottoporle a trattamento e recuperare il soggetto criminale. Il trattamento è auspicabile sia per l'individuo, per consentirgli di

binario che, accanto alla pena, prevede l'applicazione di misure di sicurezza nei confronti dei soggetti considerati socialmente pericolosi e nella disciplina dei soggetti non imputabili per vizio totale o parziale di mente.

Il Codice Rocco, invero, prevede inizialmente la presunzione di pericolosità ossia l'applicazione obbligatoria ed a tempo indeterminato del ricovero in un manicomio giudiziario e, per i soggetti semi-imputabili, quella dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia che si affianca alla pena inflitta, anche se diminuita.

Lo scopo era quello di supplire alle mancanze della legislazione allora vigente data l'inidoneità delle pene a combattere i fenomeni di delinquenza degli infermi di mente pericolosi affiancando alle ordinarie misure di repressione, anche nuovi e più oculati mezzi di prevenzione della criminalità, ossia le misure di sicurezza¹⁹. Ciò in un'ottica più generale di una politica sanzionatoria orientata ad un drastico inasprimento delle risposte dell'ordinamento.

La disciplina, invece, relativa alle cause che escludono l'imputabilità per infermità di mente rimane quasi invariata quanto a struttura e contenuti.

Il legislatore del 1930 introduce²⁰ l'art. 85 ove fornisce una definizione generale del soggetto imputabile ed, anche attraverso uno spostamento delle norme nel titolo dedicato al reo, distingue nettamente l'imputabilità dalle altre componenti soggettive del reato. Ciononostante, esso rimane fedele al metodo c.d. misto e non modifica il concetto di infermità di mente introdotto dal codice precedente.

tornare normale, sia per la società, per proteggerla da eventuali danni. Lo scopo delle sanzioni contro i criminali non consiste nella punizione, bensì nel trattamento e nella cura.

¹⁹ L'ispirazione della riforma Rocco fu dunque duplice: da un lato una maggiore severità contro la delinquenza in nome della difesa dello Stato e degli interessi, individuali e collettivi, da questo ritenuti meritevoli di tutela penale e dall'altro l'introduzione di nuovi istituti, considerati espressione di visioni più moderne nella prevenzione del delitto, quali le misure di sicurezza.

²⁰ Il Codice Rocco, infatti, rispetto al Codice Zanardelli, introduce un sistema di definizioni che interessano i principali istituti in esso disciplinati.

In realtà, nonostante venga riaffermato il principio di colpevolezza che porta anche il legislatore del 1930 ad escludere che possa essere assoggettato a pena chi al momento del fatto non fosse capace di intendere e di volere, vi sono comunque delle modifiche che indeboliscono questo stesso principio. Vi è, infatti, la diversa disciplina dell'ubriachezza volontaria²¹ ed il disconoscimento dei rapporti tra sfera affettiva e sfera intellettuale e volitiva e, sulla spinta di rigorose istanze di politica criminale di prevenzione e repressione dei reati, l'introduzione dell'art. 90 c.p. che nega agli stati emotivi e passionali qualsiasi incidenza sull'imputabilità. Ciò a riprova che il vizio di mente deve essere inteso solo come conseguenza di un'infermità fisica o psichica clinicamente accertata.

In conclusione, la diversa formulazione degli artt. 88, 89, 90 risponde nelle intenzioni del legislatore del '30 ad un duplice intento: quello di riconoscere che il vizio totale o parziale di mente possa dipendere anche da infermità fisica e quello di dichiarare esplicitamente che gli stati emotivi passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità.

Proprio in riferimento a tale ultimo concetto il legislatore sente l'esigenza di introdurre una definizione generale: esigenza che risponde alla necessità di una revisione delle norme in tema di cause di esclusione e diminuzione dell'imputabilità. La necessità non mirava alla modifica del concetto di imputabilità, bensì delle norme relative alle circostanze che escludono o diminuiscono l'imputabilità psichica o morale e la responsabilità giuridica penale.

A tale scopo, per motivi di sistematicità ed organizzazione di istituti che il codice previgente considerava in modo alquanto disorganico, si è preferito

²¹ Discostandosi dalla disciplina previgente che prevedeva l'applicazione della pena in misura inferiore ad un sesto (art. 48, 2° co., n.1) il Codice Rocco non riconosce alcuna efficacia attenuante o escludente la capacità di intendere e volere all'ubriachezza volontaria.

mantenere le norme fondamentali nel capo autonomo dedicato alle cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità stessa²².

La *ratio* alla base della distinzione tra l'art. 85 e l'art. 42²³ risiede nella considerazione che vi sono persone astrattamente e virtualmente imputabili (cioè capaci di diritto penale), ma che nel caso concreto (cioè con riferimento ad un determinato fatto) non rispondono penalmente delle loro azioni.

Infatti, le disposizioni relative all'elemento psicologico del reato (art. 42) considerano la volontà effettiva e concreta del fatto, necessaria perché l'individuo, genericamente capace e quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere di un fatto determinato.

L'art. 85, invece, regola la generica capacità di agire nel campo penale, senza riferimento ad un determinato fatto concreto; la capacità, cioè, dell'individuo di volere, di discernere e di selezionare coscientemente i motivi, di inibirsi, offre, in altre parole, la nozione della personalità di diritto penale, definendo la persona normale, alla quale la legge penale può essere applicata. Quando si tratta di indicare l'elemento psicologico del reato (art. 42), esso è bene e sufficientemente indicato nella coscienza e nella volontà dell'azione o dell'omissione; quando, invece, si tratta di determinare il presupposto della responsabilità, cioè la capacità generica di essere soggetto di diritto penale, è necessario indicare oltre la capacità di volere, quella di intendere.

Con la formula *"capacità di intendere e volere"*, il codice (art. 85) considera la volontà come possibilità. Con la formula *"compimento dell'azione con coscienza e volontà"* (art. 42) il Codice considera la volontà come fatto concreto. In altri termini nell'art. 43 l'elemento soggettivo comune a tutti i reati è bene e sufficientemente indicato nei due requisiti della coscienza e volontarietà dell'azione; ma, dovendosi, nell'art. 85 precisare gli elementi, in base ai quali

²² Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 382.

²³ Art. 42 c.p. *"Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva"*. Comma 1: *"Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà"*.

l'individuo può essere ritenuto imputabile, ossia capace di dolo e di colpa, non si può prescindere dall'intelligenza, ossia dalla capacità di percepire e prevedere l'evento, di rappresentarlo come possibile conseguenza della propria azione od omissione.

Con tali affermazioni, nella disputa tra Scuola Classica e Scuola Positiva si confermava l'orientamento, già fatto proprio dal Codice Zanardelli, a favore di una responsabilità penale *“saldamente affidata al principio dell'imputabilità psichica e morale dell'uomo, fondato a sua volta sulla normale capacità e quindi sulla libertà di intendere e volere. E da tale immagine dell'uomo, si sviluppa la concezione c.d. normativa della colpevolezza. Essa sembra essere alla base dello stesso Codice Rocco, anche se nella disciplina da quest'ultimo approntata subisce diverse violazioni”*²⁴.

Viene mantenuto anche l'istituto della semi-imputabilità, disciplinato dall'art. 89, nonostante istituto controverso ed al centro di critiche sia da parte di giuristi che di psichiatri e psicologi. Se mancasse, infatti, una disposizione *ad hoc* (in riferimento a situazioni che rispecchiano condizioni psichiche “intermedie”) si darebbe luogo a gravi disparità di trattamento perché a seconda della maggiore o minore comprensione dei casi, nei limiti dell'applicabilità del vizio totale di mente, il concetto di normalità, o si estenderebbe eccessivamente o si restringerebbe al punto che, la maggioranza degli uomini diverrebbe “non imputabile”²⁵.

Sotto il profilo sanzionatorio dei soggetti semi-infermi di mente si sente l'esigenza di un trattamento più opportuno che sia in grado di conciliare le condizioni specifiche dei soggetti con le esigenze della massima tutela sociale di fronte alla loro pericolosità.

In questi termini il Ministro di Giustizia manifestava la propria opzione per il sistema del doppio binario ritenendo che per gli infermi di mente la pena

²⁴ Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 384 ss.

²⁵ Cfr. Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 386.

presuppone la capacità di volere, che costoro non hanno e, quindi, non può colpirli, ma li colpisce la misura di sicurezza, non come sanzione giuridica, ma come mezzo di difesa sociale e di prevenzione speciale²⁶.

Si può concludere, quindi, che nel sistema introdotto dal legislatore del 1930 è rimasto fermo il postulato (tipico della Scuola Classica) dell'esclusiva punibilità del soggetto che delinquendo abbia agito liberamente e cioè senza l'intervento di fattori non dipendenti dalla sua volontà. Ciò, però, non ha impedito al legislatore di estendere l'ambito del magistero penale all'illecito realizzato da soggetti privi di tale libertà, predisponendo a tale scopo un diverso, apposito trattamento in prevenzione sociale, utilizzabile ed utilizzato anche in quelle ipotesi in cui emergano indizi dell'assestarsi di un modo di essere fondante una sua pericolosità sociale speciale²⁷.

2. L'imputabilità oggi

Offrire una definizione positiva del concetto di imputabilità rappresenta ancora oggi uno dei punti più controversi della scienza penalistica, tanto che sempre più spesso tale definizione si è abbandonata in favore di una ricostruzione "in negativo" ovverosia mediante la sola elencazione delle cause

²⁶ Con tale sistema si ritenne di aver superato anche nel campo pratico il dissidio fra Scuola Classica e Scuola Positiva. *"Nel campo pratico quale è la differenza che separa la scuola classica dalla positiva? La scuola classica riduce tutto alla pena e ammette soltanto misure di sicurezza come misure preventive di polizia, da affidarsi alla pubblica amministrazione. Invece la scuola positiva sopprime la pena, e riduce tutto a misura di sicurezza. Noi crediamo che non si possa sopprimere la pena, anzi che la pena debba restare sempre il mezzo fondamentale di difesa della società; ma, accanto alla pena, consentiamo ad accogliere nel codice penale le misure di sicurezza. Pena e misure di sicurezza debbono coesistere come due diverse forme di difesa dello Stato nella sua lotta contro la criminalità"* Discorso del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto al Senato del Regno, 17 dicembre 1925, rinvenibile in Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 390.

²⁷ Marini G., *Digesto delle scienze penalistiche*, vol. VI, voce Imputabilità, Torino, 1988, 249.

che la escludono: l'imputabilità diventa allora riflesso positivo di un concetto negativo, la non imputabilità²⁸.

Ciononostante, si cercherà di fornire una definizione, per quanto possibile, positiva del concetto oggetto della presente dissertazione.

In primis, si può affermare che l'imputabilità è requisito indefettibile per l'accertamento della responsabilità penale e per il conseguente assoggettamento della pena, concetto che sembra coincidere nella dizione in esame con la capacità di intendere e di volere.

Si deve osservare, però, che generalmente le successive norme che specificano tale nozione prevedono sia casi nei quali viene esclusa l'imputabilità a prescindere dalla capacità naturale (ad es. il delinquente minore infraquattordicenne il quale, anche se in concreto dotato di sufficiente maturità psichica, non può essere assoggettato a pena), sia casi in cui viene ritenuto imputabile un soggetto in concreto incapace (ad es. nel caso dell'ubriachezza preordinata, laddove l'agente, pur sicuramente incapace di intendere e di volere al momento del reato, viene egualmente punito).

Pertanto, si può affermare che di regola imputabilità e normalità psichica coincidono, anche se vi sono dei casi in cui ciò non accade. L'art. 85, pertanto, svolge una funzione "programmatica", ponendo una regola generale che trova alcune eccezioni in altre norme del capo I²⁹.

L'interpretazione tradizionale riconduce la categoria dell'imputabilità alla libertà del volere, intesa in senso relativo o condizionato, e cioè come capacità dell'agente di *"esercitare poteri di inibizione e controllo idonei a consentirgli scelte consapevoli tra motivi antagonisti"*³⁰.

²⁸ Bertolino M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 850.

²⁹ De Matteis L., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Volume IV a cura di L. De Matteis, G. La Greca, P. Silvestri, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Volume IV. Il reo e la persona offesa del reato*, Milano, 2010, 2.

³⁰ Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 325.

L'imputabilità non può mancare nell'individuo che si trovi in normali condizioni psichiche. Tale stato si verifica quando nel soggetto le tensioni determinate dai sentimenti, dai bisogni, dai desideri e dagli interessi si svolgono senza particolari conflitti psichici e si traducono in corrispondenti azioni, di cui costituiscono il motivo determinante³¹.

Secondo quanto sancito dall'art. 85 c.p. l'imputabilità, in quanto capacità di intendere e di volere, rappresenta la sintesi delle condizioni fisico-psichiche che consentono l'ascrizione di responsabilità all'autore di un fatto corrispondente ad una previsione legale e che rendono, pertanto, tale fatto un reato meritevole di pena. In questa sua funzione, la (piena) capacità di intendere e di volere è assunta in un senso fondamentalmente unitario e segnala la costituzione fisica e spirituale di una persona che, al momento in cui ha commesso il fatto, era maggiore di età, "sana" (di fisico e) di mente e si trovava in una situazione di "normalità"³².

Il fondamento dell'imputabilità, oltre ai suoi rapporti con la colpevolezza, è rinvenibile anche sul terreno delle funzioni della pena. Se la minaccia della sanzione punitiva deve esercitare un'efficacia general-preventiva distogliendo i potenziali rei dal commettere reati, un necessario presupposto è che i destinatari siano psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla minaccia stessa. Se l'esecuzione concreta della pena nei confronti del singolo reo deve tendere a rieducarlo (prevenzione speciale) è necessario che il condannato sia psicologicamente capace di cogliere il significato del trattamento punitivo.

Questa motivabilità normativa (intesa come attitudine a recepire l'appello della norma penale) non è presente allo stesso modo in tutti gli individui: i soggetti immaturi (minori) e le persone inferme di mente ed assimilabili, sono a tutt'oggi da considerare incapaci di subire la coazione psicologica della pena o

³¹ Così, Cass. pen., sez. I, 20 maggio 1982, Germogli, in *Cass. pen.*, 1983, 1763.

³² Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, II Volume, Milano, 2012, 14.

incapaci di subirla nella stessa misura in cui l'avvertono gli adulti mentalmente sani: *“la limitazione del trattamento punitivo in senso stretto ai soli soggetti psicologicamente maturi, d'altra parte, continua a riflettere la concezione socialmente dominante della responsabilità umana: la coscienza sociale avverterebbe, ancora oggi, come ingiusta la sottoposizione a pena di chi non è compos sui”*³³.

E' imputabile il soggetto che ha capacità di intendere e di volere. Tradizionalmente si definisce capacità di intendere (che dell'imputabilità rappresenta l'elemento intellettuale) l'attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie.

È l'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, e, quindi, è da intendersi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi³⁴.

La capacità di volere (che dell'imputabilità rappresenta il momento volitivo), invece, rappresenta l'attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, a determinarsi cioè in modo autonomo tra i motivi coscienti in vista di uno scopo, volendo ciò che l'intelletto ha giudicato di doversi fare.

Si traduce nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore: è attitudine, in altre parole, a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti³⁵.

La giurisprudenza, dal canto suo, afferma che la capacità di intendere indica l'idoneità del soggetto a valutare il significato e gli effetti della propria condotta (a rendersi conto del valore della propria azione, e, quindi, ad

³³ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 326.

³⁴ Fiandaca G. Musco E., *Diritto penale*, cit., 329.

³⁵ Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 329.

apprenderne il disvalore sociale)³⁶, mentre quella di volere indica l'attitudine dello stesso ad autodeterminarsi in relazione ai normali impulsi che motivano l'azione³⁷ e, comunque, in modo coerente con le rappresentazioni apprese³⁸.

Il concetto di imputabilità è allo stesso tempo empirico e normativo: è compito della scienza individuare il compendio dei requisiti biopsicologici che facciano ritenere il soggetto in grado di comprendere e recepire il contenuto del messaggio normativo connesso alla previsione della sanzione punitiva ed è, invece, compito del legislatore la fissazione delle condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali.

Le nozioni di "capacità di intendere" e "capacità di volere" fanno esclusivamente riferimento ai "momenti intellettuale e volitivo" e non assorbono anche profili etici e moralistici, così come non involgono profili relativi alla coscienza dell'illiceità del fatto. Anche nella più recente giurisprudenza di legittimità, infatti, si è precisato che la capacità di intendere e di volere non implica la consapevolezza di ledere o esporre a pericolo il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice³⁹.

L'imputabilità deve essere riferita congiuntamente ad entrambe le attitudini: devono sussistere, pertanto, sia la capacità di intendere che quella di volere, difettando, quindi, l'imputabilità, in mancanza anche di una sola di esse.

Si discute, in dottrina, se sia fattibile distinguere dogmaticamente questi due aspetti dell'imputabilità.

³⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1982, Calogero, in *Giust. pen.*, 1983, II, 158; Cass. pen., sez. I, 2 luglio 1990, Salemi, in *Giust. pen.*, 1991, II, 11; Cass. pen., sez. I, 04 giugno 1991, Catalano e altri, in *Cass. pen.*, 1992, 3040.

³⁷ Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1982, Calogero, in *Giust. pen.*, 1983, II, 158 ; Cass. pen., sez. I, 2 luglio 1990, Salemi, in *Giust. pen.*, 1991, II.

³⁸ Cass. pen., sez. I, 04 giugno 1991, Catalano e altri, in *Cass. pen.*, 1992, 3040.

³⁹ Cass. pen., sez. I, 01.07.2008, in *CED Cass. pen.*, 2008.

Una parte di essa nega tale possibilità, in quanto trattasi di momenti coesenziali nella definizione della psiche umana: tale opinione, peraltro, poggia sulle più recenti acquisizioni della psicologia⁴⁰.

Secondo altra corrente di pensiero, invece, tale distinzione sarebbe non solo possibile, ma necessaria, dovendosi definire la capacità di intendere come quella di comprendere la realtà esterna e se stessi di fronte alla realtà, e la capacità di volere come quella di inibirsi o spingersi ad agire sulla base di quanto è stato programmato nella fase dell'intendere. È prevedibile, secondo questa concezione, in una prospettiva *de iure condendo*, eliminare dall'art. 85 c.p. il riferimento alla capacità di volere restringendo la disposizione al solo profilo della capacità di intendere, sul presupposto che, l'altra, si sottrae a qualsiasi riscontro empirico-scientifico⁴¹.

La nozione di capacità di intendere e di volere, cardine del concetto di imputabilità, assume rilevanza anche in riferimento ad altri istituti afferenti momenti diversi del reato e del suo accertamento.

Le condizioni dell'imputabilità devono sussistere in tutti e tre i momenti in cui si sviluppano il reato e le sue conseguenze: quello attuativo, quello del suo accertamento e quello dell'esecuzione della relativa sanzione penale.

La loro mancanza produce conseguenze diverse a seconda del momento in cui è rilevata: se nel primo momento, si ha la non punibilità dell'autore per mancanza di imputabilità, se nel secondo, la sospensione del processo, se nel terzo, il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena⁴².

L'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere, quindi, può assumere rilevanza anche in momenti diversi della specifica vicenda

⁴⁰ G. Marini, voce *Imputabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Padova, 1992, 253; Collica M. T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 880.

⁴¹ Introna F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 716.

⁴² Conforme Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 881.

processuale: se, infatti, si rilevasse tale condizione nel soggetto sottoposto a procedimento penale, questo dovrebbe essere sospeso (*ex art. 71 c.p.p.*); se tale condizione fosse sopravvenuta alla condanna potrebbe dar luogo alla sospensione dell'esecuzione della pena (art. 148 c.p.).

In ogni caso, l'imputabilità che qui ci interessa è quella del soggetto nel momento esecutivo del reato ovvero quella relativa "al momento in cui lo ha commesso".

In tal senso è bene specificare come si debba necessariamente parlare di imputabilità settoriale, affermata cioè in relazione ad un dato fatto e negata invece (anche in ipotesi, postulando più fatti corrispondenti ad un concorso formale di reati) in relazione ad altro e diverso episodio (c.d. divisibilità della capacità di intendere e volere⁴³).

Anche la Corte di Cassazione ha affermato che: *"le condizioni di mente dell'imputato ai fini dell'imputabilità debbono essere accertate in relazione al tempo in cui è stato commesso il reato da giudicare, perché può ben darsi il caso che il vizio di mente, riscontrato in relazione ad un determinato reato, venga successivamente escluso in relazione ad altro reato"*⁴⁴.

In riferimento a questo dato, non vi sono problemi con riguardo ai reati istantanei ed unisussistenti, diversamente, invece, dai reati plurisussistenti. Per questi ultimi bisogna, infatti, verificare se la capacità di intendere e di volere vada riferita a tutti i momenti di cui si compone la condotta criminosa o solo ad alcuni di essi: si ritiene, in termini generali, che l'imputabilità debba essere riferita al solo atto tipico⁴⁵.

⁴³ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 18.

⁴⁴ Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 1996, El Sayed, in *Cass. pen.*, 1997, 3013.

⁴⁵ De Matteis L., La Greca G., Silvestri P., *Codice penale*, cit., 5.

Quanto al reato permanente, la responsabilità non sarà esclusa dal venir meno della capacità di intendere e-o volere dopo la consumazione iniziale e durante il tempo di protrazione⁴⁶.

Nei reati abituali, infine, non saranno da includere atti per i quali sia mancata al momento del loro compimento la capacità di intendere e di volere (ma nel reato abituale improprio gli atti previsti in sé stessi come reati, che siano compiuti in stato di non imputabilità, comporteranno il relativo giudizio, con la conseguente dichiarazione di non punibilità e l'eventuale applicazione della misura di sicurezza) mentre per il reato continuato occorrerà procedere ad una valutazione autonoma per ogni fatto⁴⁷.

Ultimo breve inciso: la capacità di intendere e volere si distingue naturalisticamente dalla coscienza e volontà dell'azione od omissione di cui all'art. 42, 1° comma c.p. (*suitas*)⁴⁸.

L'imputabilità, infatti, attiene ad un modo di essere della persona riferendosi alla sua maturità psichica e alla sua sanità mentale; la *sanitas*, invece, concerne il rapporto tra il volere del soggetto ed un determinato atto, consente cioè di verificare l'attribuibilità o meno di un determinato comportamento alla volontà dell'agente.

“La coscienza e volontà, infatti, riferita alla singola azione od omissione, esprime con locuzione ridondante e imprecisa (da sostituire in una riforma del codice) il “coefficiente di umanità” che consente di considerare l'azione od omissione come propria di un soggetto, a lui attribuibile e in questo senso sua; l'imputabilità, invece, riferita al soggetto, è la condizione di questo che consente (meglio che consente eventualmente) di

⁴⁶ E la stessa responsabilità si avrà se ad un'incapacità al momento della consumazione iniziale sia seguito uno stato di capacità senza che vi sia stata cessazione della permanenza. Così Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 18.

⁴⁷ Caraccioli I., *Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 135.

⁴⁸ Art. 42, 1° comma c.p.: *Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.*

connotare l'azione o l'omissione sua, già a lui attribuibile, come azione od omissione colpevole"⁴⁹.

Coscienza e volontà della condotta implicano un nesso psichico tra l'agente ed il fatto. Nesso che sussiste tutte le volte in cui la condotta è posta in essere volontariamente e quando, pur non sussistendo tale esplicita volontà, con uno sforzo del volere la condotta integrante il reato poteva essere evitata dal soggetto⁵⁰. Ciò spiega perché anche il soggetto non imputabile può agire senza coscienza e volontà come ad esempio nei casi di forza maggiore o di costringimento fisico.

La coscienza e volontà attiene al fatto tipico, l'imputabilità è capacità di colpevolezza del soggetto ed è, pertanto, da valutare dopo il fatto. Soltanto in presenza di un'azione od omissione cosciente e volontaria (nonché tipica, antigiuridica e dolosa o colposa) vi sarà da verificare se al momento del fatto vi fosse o meno l'imputabilità di chi l'ha compiuto. Mancando la coscienza e volontà, non si farà questione di non imputabilità.

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵¹ si è pronunciata in merito affermando che *"l'imputabilità, come capacità di intendere e di volere, costituisce una qualità, un modo di essere dell'individuo, riferendosi alla sua*

⁴⁹ Romano M, Grasso G., *Commentario*, cit., 5.

⁵⁰ Devono attribuirsi alla *suitas* dell'agente anche gli atti automatici od abituali, i quali con maggiore dominio della volontà potevano essere evitati ed i fatti compiuti in stato emotivo, anche forte. Al contrario, non sussiste alcun nesso psichico per gli atti istintivi o riflessi, i quali sono al di fuori della signoria e del volere in quanto non appartengono all'uomo, ma al mondo meccanico. Ad esempio, se un sinistro stradale mortale è cagionato per un colpo di sonno del conducente, non si esclude la configurabilità del reato se trattasi di sonno fisiologico conseguente ad un pasto abbondante; non sussisterà reato, invece, se il sonno è dovuto a cause patologiche come un improvviso e non prevedibile malore (su cui l'agente non poteva esercitare alcun dominio della volontà). Ed ancora: A, gravemente infermo di mente, ferisce B in un comune atto puramente riflesso; C, in stato di piena ubriachezza accidentale o fortuita, uccide D perché scaraventatogli addosso da una tromba d'aria: la formula terminativa sarà di proscioglimento non per inimputabilità, ma per insussistenza del fatto.

⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., 14 giugno 1980, Felloni, in *Cass. pen.*, 1981, 172. Ed ancora più di recente: *"La coscienza e la volontà della condotta (cosiddetta suas) richiamate dall'art. 42 c.p. consistono nel dominio anche solo potenziale dell'azione o dell'omissione, che possa essere impedita con uno sforzo del volere e sia quindi attribuibile alla volontà del soggetto. Tale requisito si distingue dalla capacità di intendere e volere richiesta dall'art. 85 c.p., non implicando la consapevolezza di ledere o esporre a pericolo il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice"* (Cass. pen., sez. I, 1 luglio 2008, B., in *CED Cass. pen.*, 2008).

maturità psichica e alla sua sanità mentale; essa si distingue, naturalisticamente e normativamente, dalla coscienza e volontà e dalla colpevolezza in senso stretto, le quali si riferiscono alla volontà concreta del fatto, considerato nel momento della sua attuazione".

3. L'imputabilità nella sistematica del reato

Così definita la nozione di imputabilità, è ora necessario precisare in che rapporto essa si pone nei confronti degli altri elementi del reato, in particolar modo in riferimento alla colpevolezza.

Si ritiene di dover premettere che una corretta riorganizzazione sistematica del concetto di capacità e di incapacità di intendere e di volere dipende anche dalla funzione che questi concetti sono chiamati a svolgere nel nostro sistema penale e che, quindi, la scelta a favore dell'una o dell'altra interpretazione sistematica dell'imputabilità sarà condizionata anche da una sua verifica funzionale alla luce delle esigenze di politica criminale.

Da un punto di vista più strettamente dogmatico si ritiene che lo scopo giuridico-formale della categoria dogmatica della non imputabilità sia quello di consentire l'esenzione da pena di certe categorie di soggetti. Le motivazioni tecnico-giuridiche addotte per giustificare tale esenzione divergono notevolmente a seconda della diversa posizione sistematica di volta in volta riconosciuta all'imputabilità. Di conseguenza le giustificazioni tecnico-giuridiche dell'esenzione da pena e posizione sistematica dell'imputabilità presentano uno stretto legame di reciproca interferenza⁵².

⁵² Così Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 510. L'Autrice prosegue: "Più chiaramente, ed in via esemplificativa, se si riconosce all'imputabilità la qualifica di elemento della colpevolezza, la non punibilità del soggetto incapace di intendere e volere dipenderà dalla mancanza della colpevolezza stessa. Se, di contro, si riconduce l'imputabilità alla teoria generale del reo e la si definisce uno status soggettivo necessario per l'irrogazione della pena, la non punibilità di quel soggetto, pur in presenza di un reato completo in tutti i suoi elementi e quindi perfetto, dipenderà dalla assenza di una condizione soggettiva di punibilità. E, ancora se si definisce l'imputabilità un presupposto del reato, la non

Tutte le teorie che si pongono come quesito la collocazione della capacità di intendere e di volere nella sistematica del reato, ruotano attorno alle nozioni di imputabilità e reato: imputabilità è da considerarsi come assoggettabilità a pena (un soggetto è definito imputabile in quanto destinatario idoneo in un determinato momento sia del precetto che della sanzione penale); il reato, invece, è da considerarsi quale fatto umano tipico, antiggiuridico e colpevole⁵³.

Fornite tali premesse si può pacificamente affermare che due sono le teorie principali su cui si attesta la dottrina: la prima riconduce l'imputabilità alla sfera della colpevolezza (o come presupposto o come elemento); la seconda, di contro, sostiene che l'imputabilità presuppone un reato già perfetto nei suoi elementi essenziali e, quindi, ascrive la stessa alla teoria del reo, riconducendola a semplice condizione personale di sottoposizione a pena.

L'accoglimento in questo elaborato della concezione tripartita del reato trova la sua *ratio* nei vantaggi che la stessa offre nell'agevolare la spiegazione della materia *de qua*. Essa permette, infatti, di cogliere in termini più precisi la sfera oggettiva da quella soggettiva ed ascrivendo l'imputabilità a quest'ultima si può far leva sul concetto di colpevolezza (più significativo e ricco di contenuti rispetto alla categoria dell'elemento soggettivo della concezione bipartita). Questa impostazione permette di *"rispettare la necessaria coerenza interna tra posizione sistematica e ragioni giuridico-formali di esenzione del soggetto incapace dalla*

imputabilità del soggetto agente impedirà addirittura di qualificare come reato il suo comportamento e quindi la mancanza di tale qualifica escluderà in radice l'applicazione della pena".

⁵³ In tal senso si accoglie la teoria tripartita del reato e non quella bipartita. In particolare, secondo tale teoria l'antigiuridicità del fatto tipico pone in luce l'oggettiva contrarietà al diritto e la colpevolezza del fatto stesso ne fa emergere la rimproverabilità all'agente. Come afferma Romano M., nel *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2005, *pre art. 39/66 ss.*: *"La distinzione tra antigiuridicità e colpevolezza, intese come qualificazioni differenti di un medesimo accadimento, è alla base dell'intera evoluzione della dogmatica penale moderna; e, ancora: l'antigiuridicità e la colpevolezza sono anche criteri di valutazione: il giudizio di antigiuridicità ha per oggetto il fatto in relazione all'ordinamento; il giudizio di colpevolezza ha per oggetto il fatto in relazione al suo autore".*

*pena, coerenza che solo una stretta e diretta correlazione fra le due “variabili” è in grado di garantire*⁵⁴.

Prima di passare all'analisi delle teorie relative alla collocazione dell'imputabilità sembra, però, doveroso spendere alcune parole sul concetto giuridico di colpevolezza.

3.2. La colpevolezza

Come già accennato, affinché il fatto commissivo sia punibile, esso deve essere non solo tipico e antigiusdittico, ma anche colpevole: la colpevolezza è quindi il terzo elemento costitutivo del reato.

Il principio penalistico *nulla poena sine culpa* presuppone l'accettazione di un modello di personalità umana come entità costituita da più strati posti in successione evolutiva. L'uomo, quindi, grazie ai suoi *poteri di signoria*⁵⁵ è in grado di controllare gli istinti e di reagire agli stimoli del mondo esterno in base a scelte fra diverse possibilità di condotta, nonché di orientarsi secondo sistemi di valori. Presupponendo tale capacità di scelta è possibile considerare il reato come opera dell'agente e rivolgergli un rimprovero per averlo commesso.

Il ruolo fondamentale della colpevolezza si ricava *in primis* dalla Costituzione; l'art. 27, comma 1°, infatti, stabilisce il principio della personalità della responsabilità penale inteso non solo come divieto di responsabilità per fatto altrui, bensì, in senso più pregnante, di responsabilità per fatto proprio colpevole. Affermare che la responsabilità penale è personale si traduce nel principio secondo cui l'applicazione della pena presuppone l'attribuibilità psicologica del singolo fatto di reato alla volontà antidoverosa del soggetto.

⁵⁴ Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 528.

⁵⁵ I c.d. *strati superiori* della personalità, si veda Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 307.

In secondo luogo, l'art. 27, 3° comma Cost., sancisce il ruolo indefettibile della colpevolezza tramite il principio del finalismo rieducativo della pena. Se fosse sufficiente, ai fini dell'assoggettamento a pena, il semplice fatto di cagionare materialmente un evento lesivo e nessun rimprovero neppure di mera disattenzione o imprudenza potesse essere rivolto all'agente, la pretesa "rieducativa" dello Stato non avrebbe senso. Chi agisce, infatti, senza dolo o colpa e cagiona eventi lesivi imprevedibili o inevitabili che si sottraggono al suo potere di controllo non manifesta ribellione o indifferenza nei confronti dei beni protetti. Manca, quindi, quell'atteggiamento psicologico di contrasto con l'ordinamento, che giustificerebbe la necessità di educare al rispetto delle regole della convivenza.

L'eventuale punizione, quindi, finirebbe per apparire come qualcosa di accidentale ed arbitrario. L'agente la vivrebbe come ingiusta e contrariamente alla prospettiva della finalità rieducativa, tutto ciò provocherebbe l'effetto contrario di determinare o rafforzare sentimenti di ostilità verso l'ordinamento giuridico.

La stessa Corte Costituzionale⁵⁶ ha riconosciuto il rapporto tra colpevolezza e rieducazione ritenendo che, a prescindere da come si intenda la funzione rieducativa, vi deve essere almeno la colpa a legare l'agente agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso, altrimenti, la rieducazione di chi, non essendo nemmeno in colpa, non ha bisogno di essere

⁵⁶ La Corte Costituzionale ha chiarito che l'imputazione soggettiva del fatto criminoso può considerarsi conforme al principio di personalità solo a condizione che il fatto stesso sia attribuibile all'autore se non altro, almeno, a titolo di colpa. La Consulta ha spiegato che una colpa non può essere mai data per presunta poiché la responsabilità penale, dovendo essere personale ai sensi dell'art. 27 Cost., sorge con l'effettiva presenza dell'elemento soggettivo, il quale implica una relazione dell'agente con il fatto, considerato anche nel suo disvalore giuridico.

La relazione pertanto va posta tra agente e legge, per cui l'impossibilità di conoscere il precetto, non attribuibile alla volontà del soggetto esclude la punibilità. La sentenza ha così ristabilito un punto cardine che il diritto positivo sembrava aver tralasciato, il rapporto soggettivo tra l'agente e il disvalore del fatto. La Corte ha ripristinato il principio della personalità della responsabilità penale, inteso nel senso di personalità dell'illecito quale paternità del fatto, ma personalità della responsabilità come contrapposizione all'ordinamento, nella consapevolezza del valore espresso dalla norma. Si vedano in tal senso le sentenze Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani, in *Giust. cost.* 1988, I, 1504 e Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, Ferracuti, in *Cass. pen.*, 1990, I, 365.

rieducato. Subordinare, quindi, la punibilità alla colpevolezza equivale a bandire ogni forma di responsabilità per accadimenti dovuti al mero caso fortuito. In questo senso, l'imputazione penale si arresta ove il soggetto non sia in grado di signoreggiare il verificarsi degli eventi: il rimprovero della colpevolezza implica che si supponga come esistente una possibilità di agire diversamente da parte del soggetto cui il fatto viene attribuito.

Deve sussistere, di conseguenza, un rapporto di proporzione tra forme di colpevolezza ed intensità della risposta sanzionatoria: la reazione penale deve cioè essere proporzionata o commisurata al grado della partecipazione interiore del soggetto. La colpevolezza può solo significare colpevolezza per il fatto e, più precisamente, per aver commesso un fatto lesivo di un bene penalmente protetto.⁵⁷

Genericamente, si può osservare come il termine colpevolezza sia utilizzato nel linguaggio giuridico italiano in una duplice accezione: da un lato quale sinonimo di reità (senso accolto dalla Costituzione, art. 111, co. 4, e dal codice di procedura penale, art. 273, in cui l'espressione colpevolezza è utilizzata per indicare la responsabilità di un soggetto rispetto alla commissione del fatto tipico non punibile) dall'altro come complesso degli elementi soggettivi su cui si fonda la responsabilità penale (Codice penale).

In questa ultima accezione, la colpevolezza ha rappresentato un momento fondamentale di evoluzione del pensiero giuridico consentendo il passaggio da ipotesi di pura responsabilità oggettiva a forme di responsabilità incentrate sulla valutazione del rapporto tra l'autore ed il fatto.

⁵⁷ È, pertanto, inammissibile la figura della colpa d'autore nella duplice versione della colpevolezza per il carattere e colpevolezza per la condotta di vita. La prima pretende che all'agente si possa muovere l'addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere; la seconda pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo che starebbero all'origine della sua inclinazione al delitto.

Il concetto appartiene, quindi, agli istituti di diritto penale sostanziale anche se, in nessuna norma del codice penale troveremo questo termine⁵⁸.

Ciononostante, la colpevolezza è concetto fondamentale in ogni sistema penale moderno, necessario per delimitare lo spazio dell'illecito penale permettendo la punizione dei soli fatti riconducibili psicologicamente ad un determinato autore ed incidendo di conseguenza anche sulla determinazione della pena.

“La colpevolezza, in altri termini svolge il ruolo di fondamento e limite della potestà punitiva e di canone di graduazione della pena consentendo, da un lato, di delimitare la responsabilità penale ricollegandola alle sole condotte rientranti nella sfera delle possibilità soggettive di controllo e, dall'altro, di determinare la pena in relazione alle forme psicologiche rilevanti e al disvalore dell'azione e dell'evento e di altre circostanze in cui si è formata la determinazione delittuosa”⁵⁹.

La colpevolezza esprime il rapporto psicologico dell'autore con il fatto quale azione tipica ed antiggiuridica e rappresenta il momento di accertamento conclusivo dell'illecito penale: accertata la sussistenza del fatto tipico ed antiggiuridico è fondamentale accertare se lo stesso possa essere personalmente attribuito al suo autore in base alla sua capacità di intendere e di volere, all'elemento psichico con cui ha realizzato il fatto stesso ed alle circostanze in cui si è formata la sua volontà.

Pacifico, quindi, che il concetto giuridico di colpevolezza nasca quale elemento di collegamento tra il fatto e la volontà dell'autore: due, principalmente, le teorie che spiegano le modalità di questo collegamento. La teoria psicologica e la teoria normativa.

⁵⁸ Nel codice penale si possono trovare solo gli aspetti che la dottrina penalistica ha individuato come presupposti o forme della colpevolezza: capacità di intendere e di volere (art. 85 c.p.), elemento psicologico del reato (art. 43 c.p.).

⁵⁹ Garofoli R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, 802. Cfr. sull'argomento anche Padovani T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 803.

3.1.1. La teoria psicologica della colpevolezza

La teoria psicologica della colpevolezza identifica quest'ultima nel nesso psichico che unisce il fatto all'autore nella forma del dolo o della colpa. Il fatto è colpevole quando l'autore lo ha previsto e voluto oppure quando, pur non avendolo preveduto e voluto, lo avrebbe potuto prevedere e, quindi, evitare utilizzando la normale diligenza o prudenza. Si costruisce, pertanto, il concetto di colpevolezza come concetto di genere capace di ricomprendere i due fondamentali criteri di imputazione soggettiva (dolo e colpa).

La colpevolezza è costruita quale nesso psichico astratto, uguale in tutti i casi, da considerare solo al fine di riconoscere o escludere la responsabilità, non anche quale parametro per la sua graduazione.

Il presupposto ideologico della concezione si fonda sul principio dell'egualitarismo: essendo tutti gli uomini uguali, tutti hanno le stesse possibilità di rispettare la norma giuridica; alcuna rilevanza assumono le spinte interiori, appartenenti ad un giudizio morale non penetrabile dal giudice⁶⁰.

Questa concezione circoscrive la colpevolezza all'atto di volontà relativo al singolo reato a prescindere da ogni valutazione della personalità complessiva dell'agente e del processo motivazionale che sorregge la condotta.

Il pregio di questa concezione è stato quello di consentire il superamento di un diritto penale fondato sull'imputazione morale in cui l'intima connessione tra delitto e peccato aveva consentito l'abuso della pena. Collegare la determinazione della pena (e quindi la gravità del reato che incide sul *quantum*

⁶⁰ Questa concezione, coerente espressione del pensiero illuministico ed influenzata dal liberalismo dominante nel secondo Ottocento, nasce per superare gli squilibri determinati dalla imputazione morale, cercando di collegare la responsabilità ad un dato obiettivo rappresentato dal fatto dannoso provocato dalla volontà dell'autore. In tal modo i riformatori illuministici cercarono di evitare che la pena fosse determinata da un giudizio di riprovazione morale da un lato e, dall'altro, tentarono di ancorare la punibilità al dato oggettivo della lesione del diritto. Il fatto socialmente dannoso costituente reato assumeva, quindi, un ruolo centrale nella ricostruzione dell'illecito penale. La colpevolezza non influiva sulla graduazione della pena, che restava ancorata al dato oggettivo dell'entità del danno. Così la pena assolveva la funzione di retribuire il singolo fatto delittuoso secondo un parametro oggettivo rappresentato dalla sua gravità. Così Garofoli R., *Manuale.*, cit., 802.

della punibilità) ad un dato oggettivo quale l'entità del danno obiettivamente arrecato alla società ha rappresentato un limite alla punizione di fatti non obiettivamente lesivi di diritti, così limitando l'arbitrio nella commisurazione della pena; la pena assolve fundamentalmente la funzione di retribuire il singolo fatto commesso secondo una misura proporzionata alla sua oggettiva e specifica gravità.

Questo il pregio.

Ma questa teoria presenta un grosso limite: l'impossibilità di graduare la responsabilità penale in relazione alle ragioni soggettive, il contesto familiare, sociale e di istruzione, che hanno spinto l'agente alla commissione del reato⁶¹.

La dottrina prevalente ha respinto tale teoria per l'impossibilità di costruire la colpevolezza come concetto di genere capace di ricomprendere il dolo e la colpa, attesa la mancanza di un denominatore comune che possa avvincerli⁶².

Sul piano funzionale, poi, questa concezione non valorizza tutte le potenzialità della colpevolezza come elemento di graduazione della responsabilità penale, soprattutto perché non tiene conto delle diverse motivazioni che inducono a delinquere.

La concezione psicologica è, pertanto, scarsamente significativa: essa non può spiegare quale relazione psichica possa mai esservi nella colpa incosciente, né perché soltanto le relazioni psicologiche dolo e colpa, tra le diverse possibili, formino la colpevolezza. Inoltre una relazione psicologica nel senso del dolo e della colpa può esistere anche nel fatto del non imputabile al quale tuttavia l'ordinamento non ricollega la pena⁶³.

⁶¹ Non vi è spazio, dunque, per preoccupazioni politico-criminali aventi come obiettivo la neutralizzazione di un'eventuale inclinazione a delinquere del reo e la prevenzione della recidiva.

⁶² Il dolo, infatti, ha una struttura psicologica rappresentata dalla previsione e volizione dell'evento, la colpa, invece, è il risultato di una costruzione normativa in cui l'elemento psicologico si riduce, nella colpa cosciente, esclusivamente al dato della prevedibilità.

⁶³ Così Romano M., *Commentario sistematico del codice penale I*, Milano, 2005, 330.

3.1.2. La teoria normativa

Così, già agli inizi del Novecento, la dottrina, sia per rimediare agli inconvenienti dogmatici della concezione psicologica, ma soprattutto per soddisfare esigenze pratiche imposte dal diritto penale anche dalla progressiva entrata in crisi dell'impostazione retributivo vetero-liberale, rigidamente legata al solo disvalore obiettivo del fatto commesso, iniziò ad elaborare una diversa concezione della colpevolezza.

Ciò che si fa strada è l'istanza di riportare all'idea di colpevolezza il peso che assumono i motivi dell'azione e le circostanze in cui essa si realizza.

Colpevolezza, quindi, intesa come giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà rispetto alla norma d'obbligo: la teoria normativa⁶⁴.

Questa interpretazione individua un concetto unitario della colpevolezza, riconoscendo sia nel dolo sia nella colpa una componente normativa: colpevolezza, quindi, non come semplice processo psicologico, ma come divergenza di tale processo dalla volontà espressa dalla norma giuridica⁶⁵.

Il presupposto del giudizio di rimproverabilità è la constatazione che l'autore abbia avuto la possibilità di seguire un comportamento conforme al precetto, conservando la possibilità di agire diversamente. Senza la possibilità di scelta verrebbe meno anche il fondamento stesso del rimprovero di colpevolezza.

⁶⁴ Si attribuisce all'opera di Frank il pregio di aver contribuito all'evoluzione del concetto giuridico di colpevolezza. L'Autore rifiutava la concezione tradizionale della colpevolezza come puro collegamento psichico comprensivo del dolo e della colpa ponendo in rilievo come il giudizio di colpevolezza è fondato anche sulle *"normali circostanze concomitanti"* in cui si è formata la violazione della norma. L'esempio ormai conosciuto è quello del cassiere di una ditta commerciale e di un portavalori che *"compiono, indipendentemente l'uno dall'altro, un'appropriazione indebita. L'uno ha una buona posizione, non ha famiglia, ma svaghi costosi. L'altro viene modestamente retribuito, ha una moglie malata e molti figli in tenera età. Per quanto ognuno dei due sappia di appropriarsi illecitamente di danaro altrui, e quindi, in relazione al dolo non sussista alcuna differenza, pur tuttavia ognuno dirà: il cassiere è colpevole in modo più grave rispetto al portavalori"*. Così Garofoli R., *Manuale*, cit., 803.

⁶⁵ La colpevolezza può, quindi, comprendere in sé sia il dolo che la colpa poiché nell'uno e nell'altra l'autore agisce discostandosi dalle prescrizioni ordinamentali.

Il rimprovero presuppone la possibilità per l'autore di aver formato liberamente la propria determinazione volitiva e di aver potuto agire senza costrizioni. Da questo punto di vista la teoria *de qua* si presta bene a prospettare un concetto di colpevolezza idoneo a fungere anche da criterio di commisurazione giudiziale della pena.

“La concezione in parola, dunque, getta per così dire un ponte tra i due piani della concezione sistematica del reato (colpevolezza come elemento costitutivo dell’illecito penale, accanto alla tipicità e all’antigiuridicità) e della valutazione del fatto criminoso ai fini della determinazione concreta della sanzione (colpevolezza come criterio di commisurazione della pena)”⁶⁶.

Ed ancora si è affermato che: *“la concezione normativa della colpevolezza dà appunto la risposta dogmatica all’esigenza di introdurre la valutazione delle circostanze dell’agire, del processo di motivazione, alla stregua di un canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l’atteggiamento antidoveroso della volontà”⁶⁷.*

La colpevolezza consiste, pertanto, nella valutazione normativa di un elemento psicologico e precisamente nella rimproverabilità dell’atteggiamento psicologico tenuto dall’autore⁶⁸. L’elemento comune al dolo ed alla colpa finisce con l’essere costituito dall’atteggiamento antidoveroso della volontà presente in entrambi i casi.

Allo stesso tempo, il concetto di rimproverabilità o riprovevolezza consente di esprimere giudizi graduati di disvalore penale in rapporto alla qualità dell’elemento psicologico che lega il fatto all’autore.

⁶⁶ Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale.*, cit., 314.

⁶⁷ Padovani T., *Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 566.

⁶⁸ L’accoglimento della concezione normativa della colpevolezza si deduce anche da una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite ove si afferma che: *“la questione si pone su un piano che parte dal riconoscimento all’imputabilità di un ruolo sempre più centrale e fondamentale, secondo la triplice prospettiva “di principio costituzionale, di categoria dogmatica del reato, di presupposto e criterio guida della sanzione penale”*; l’imputabilità, quindi, anche per mezzo delle parole della Corte non può essere definita mera capacità di pena, secondo la tradizionale concezione psicologica della colpevolezza, quanto piuttosto capacità di reato, secondo la concezione normativa della colpevolezza.

La concezione normativa della colpevolezza trova, infatti, la sua massima espressione nell'art. 133 c.p., il quale impone al giudice di tener conto nella commisurazione della pena, oltre che delle modalità dell'azione, anche della personalità del soggetto che esso denomina con l'espressione ambigua "capacità a delinquere". Per cui tutti gli elementi che contrassegnano la personalità del soggetto devono essere presi in considerazione: carattere, precedenti penali e giudiziari del reo, condotta di vita e così via, in quanto, tali elementi rendono possibile una valutazione profonda e completa del grado di ribellione al diritto espressa dal reato e delle esigenze concrete della repressione nell'applicazione della pena.

Si badi bene che il concetto di rimproverabilità non deve evocare l'idea di una valutazione del comportamento tenuto alla stregua di criteri puramente morali: colpevolezza giuridica non deve essere confusa con colpevolezza morale, trattandosi di concetti che si collocano su piano diversi.

Da un lato, l'idea di colpevolezza in senso penalistico non rappresenta più un fondamento teorico della concezione retributiva della pena, piuttosto privilegiando, nell'odierna concezione della pena, la funzione di prevenzione generale e di prevenzione speciale; la colpevolezza finisce, quindi, con l'assolvere una funzione limitativa delle istanze preventive, quale argine garantistico delle libertà del singolo.

Dall'altro lato, in un moderno Stato di diritto laico e pluralistico, lo strumento penale non può pretendere di imporre coattivamente l'osservanza di semplici concezioni morali o religiose.

Da questo punto di vista, la colpevolezza non può che tradursi in un rimprovero per il fatto di aver commesso azioni dannose socialmente. Pertanto, il rimprovero giuridico-penale può appuntarsi anche contro un fatto moralmente indifferente o conforme ad una concezione etica particolare.

La concezione normativa oggi dominante afferma che è colpevole un soggetto imputabile, il quale abbia realizzato con dolo o colpa la fattispecie di

reato, in assenza di circostanze tali da rendere necessitata l'azione illecita. La colpevolezza in senso normativo è, pertanto, un concetto necessariamente complesso, i cui presupposti sono l'imputabilità, il dolo o la colpa, la conoscibilità del divieto penale e l'assenza di cause di esclusione della colpevolezza.

3.2. Il rapporto tra l'imputabilità e la colpevolezza

Dopo aver analizzato il concetto di colpevolezza, *ut supra* già accennato, vi sono principalmente due correnti di pensiero in dottrina che spiegano il rapporto tra imputabilità e colpevolezza.

Una prima corrente, tradizionalmente dominante nell'area penalistica italiana, considera l'imputabilità come qualificazione giuridica soggettiva e, di conseguenza, inerente la tematica del reo e non del reato (conformemente con la collocazione codicistica di tale elemento nel titolo IV del libro I, che riguarda appunto il reo e non il reato)⁶⁹.

L'imputabilità, quindi, rappresenta un modo di essere, uno *status* della persona necessario affinché l'autore del reato sia assoggettabile a pena.

La mancanza di imputabilità, di conseguenza, opera semplicemente come causa personale di esenzione di pena⁷⁰. Diretta conseguenza è che tra reato ed imputabilità vi è un rapporto di assoluta indipendenza ben potendo il primo

⁶⁹ Si citano Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 557; Crespi A., voce *Imputabilità*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 766; Marini G., *Imputabilità*, cit., 253; Pagliaro A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII° ed., 2003, Milano, 174.

⁷⁰ Così Antolisei F., *Manuale di diritto penale.*, cit., 298 ss, "il dolo e la colpa non implicano necessariamente l'imputabilità dell'agente, la quale, in conseguenza, non può essere considerata come presupposto o elemento della colpevolezza. L'imputabilità è un modo di essere, uno status della persona: è una qualificazione soggettiva. Data questa sua natura, la dottrina deve trattarne non a proposito del reato, ma nella teoria del reo: precisamente come fa il nostro codice". Analogamente vi è ad esempio chi (Pagliaro) considera l'imputabilità come un aspetto della capacità giuridica penale e, precisamente, quell'aspetto di essa che fa da presupposto all'attribuzione di un illecito sanzionato con pena.

sussistere anche in assenza della seconda che rileva solo ai fini dell'applicabilità della pena ovvero di una misura di sicurezza. Alcun rapporto vi è, di conseguenza, tra colpevolezza ed il concetto di imputabilità.

Si enfatizza, in tal senso, la portata degli artt. 222⁷¹ e 224⁷² c.p. dai quali si desumerebbe che anche i soggetti non imputabili potrebbero porre in essere fatti dolosi e fatti colposi. Queste disposizioni ricollegano i minimi di durata delle misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e del riformatorio giudiziario alla gravità dei reati commessi contenendo un esplicito riferimento (anche mediante il richiamo indiretto all'art. 133 c.p.) all' *"intensità del dolo e al grado della colpa"*.

Questa corrente dottrina, pertanto, deduce che l'imputabilità non può essere considerata presupposto della colpevolezza, ma soltanto stato soggettivo

⁷¹ Art. 222 c.p.: Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario: *"1. Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario, per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'Autorità di pubblica sicurezza.*

2. La durata minima del ricovero nell'ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto commesso la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo, ovvero di cinque se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni.

3. Nel caso in cui la persona ricoverata in un ospedale psichiatrico giudiziario debba scontare una pena restrittiva della libertà personale, l'esecuzione di questa è differita fino a che perduri il ricovero nell'ospedale psichiatrico.

4. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche ai minori degli anni quattordici o maggiori dei quattordici e minori dei diciotto, prosciolti per ragione di età, quando abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato, trovandosi in alcuna delle condizioni indicate nella prima parte dell'articolo stesso".

⁷² Art. 224 c.p.: Minore non imputabile: *"1. Qualora il fatto commesso da un minore degli anni quattordici sia previsto dalla legge come delitto, ed egli sia pericoloso, il giudice, tenuto specialmente conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto, ordina che questi sia ricoverato nel riformatorio giudiziario o posto in libertà vigilata.*

2. Se, per il delitto, la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, e non si tratta di delitto colposo, è sempre ordinato il ricovero del minore nel riformatorio per un tempo non inferiore a tre anni.

3. Le disposizioni precedenti si applicano anche al minore che, al momento in cui ha commesso il fatto previsto dalla legge come delitto, aveva compiuto gli anni quattordici, ma non ancora i diciotto, se egli sia riconosciuto non imputabile, a norma dell'articolo 98".

che decide della sola assoggettabilità a pena in senso stretto. Tale impostazione dogmatica appare, però, alquanto riduttiva perché pecca di formalismo: essa, invero, “*perde di vista la relazione intima che sotto più di un profilo sostanziale intercorre tra imputabilità e l’illecito penale*”⁷³.

Infatti, altra corrente dottrinarica più recente⁷⁴ colloca l’imputabilità nella teoria generale del reato riconducendola nell’alveo concettuale della colpevolezza, quale suo presupposto; come rimproverabilità per il comportamento tenuto dal soggetto agente. L’imputabilità è intesa come maturità psicologica del reo che consente di muovere un rimprovero all’autore del reato.

L’imputabilità, prima ancora di essere “capacità della pena” è “capacità di colpevolezza”, diventando il presupposto di essa (normativamente intesa come rimproverabilità): senza imputabilità non vi è colpevolezza e senza colpevolezza non vi è pena⁷⁵.

⁷³ Fiandaca F., Musco E., *Diritto penale*, cit., 323.

⁷⁴ Mantovani F., *Principi*, cit., 302 ss.; Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 2 ss; Bertolino M., *L’imputabilità*, cit., 565; Bertolino M., *Fughe in avanti*, cit., 853; Collica M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 881; Fiandaca G., Musco, E., *Diritto penale*, cit., 322; Bricola F., *Fatto del non imputabile*, cit., 15; Petrocelli B., *La colpevolezza*, cit., 11.

⁷⁵ È interessante rilevare come la concezione dell’imputabilità quale capacità di colpevolezza sia stata accolta anche nella legislazione tedesca ove l’imputabilità, qualificata fino al 1975 come “capacità di imputazione” (*Zurechnungsfähigkeit*), viene poi definita come “capacità di colpevolezza” (*Schuldfähigkeit*); il legislatore ha così previsto che “agisce senza colpa” chi al momento del fatto si trova in una delle particolari condizioni espressamente indicate (cause di esclusione o diminuzione della pena). La relativa disciplina è stata così trasposta dalla sezione inerente le cause di esclusione od attenuazione della pena, a quella concernente i fondamenti della punibilità. Alla base di questo orientamento vi è l’idea che l’imputabilità sia una componente essenziale della colpevolezza secondo la prevalente concezione normativa della stessa. Delle tre componenti: *imputabilità*, *consapevolezza potenziale dell’antigiuridicità del fatto* e *l’esigibilità del comportamento conforme al diritto*, proprio l’imputabilità, in unione con la seconda di esse, consentirebbe l’individualizzazione e concretizzazione del giudizio di rimproverabilità per il comportamento tenuto nel quale si sostanzia la colpevolezza. Di conseguenza, l’imputabilità acquista il ruolo primario e fondamentale di condizione senza la quale non è possibile un giudizio di colpevolezza. Cadendo la prima, cade anche quest’ultima. In breve, si può affermare che occorre la capacità di cogliere il significato di disvalore del fatto (capacità di intendere l’antigiuridicità (*Unrechts*)*Einsichtsfähigkeit*, componente intellettuale) e di agire secondo questa colpevolezza (capacità di volere, *Sturungsfähigkeit*, componente volitiva). Venendo meno questo presupposto, il presupposto psico-normativo del giudizio di rimproverabilità, viene meno anche la possibilità di rimproverare al soggetto il comportamento illecito dallo stesso tenuto. Conseguentemente lo stato di inimputabilità viene pacificamente annoverato fra le cause scusanti (*Entschuldigungsgründe*) o meglio fra le cause che escludono la colpevolezza (*Schuldausschliessungsgründe*). Così definito, esso è

Pertanto, il positivo accertamento di una causa di esclusione dell'imputabilità esclude non tanto la semplice assoggettabilità alla pena quanto la stessa configurabilità del reato.

In altri termini un rimprovero in tanto ha senso in quanto il destinatario abbia la maturità mentale per discernere il lecito dall'illecito e, dunque, per conformarsi alle aspettative dell'ordinamento giuridico. Quando il Codice⁷⁶ fa riferimento a fatti illeciti commessi dal non imputabile, tale riferimento non andrebbe letto in senso stretto, bensì come sinonimo di "fatti tipici antigiuridici non colpevoli".

Inoltre, questa concezione non contesta che il sistema penale riferisca il dolo e la colpa anche alla condotta degli incapaci di intendere e di volere. Piuttosto, il dolo e la colpa di per sé non esauriscono il concetto di colpevolezza in senso normativo che, infatti, richiede ulteriori elementi nella prospettiva del

nettamente distinto dalle cause di giustificazione che escludono l'antigiuridicità (*Rechtfertigungsgründe*). L'imputabilità costituisce, inoltre, un requisito intrinseco al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, "presupposto e guida della sanzione penale", che (se intesa in chiave polifunzionale, cioè retributiva, general e specialpreventiva, ma soprattutto rieducativa) trova nella imputabilità e, quindi, nella motivabilità (*Motivierbarkeit*) del soggetto da parte del precetto e nella conseguente rimproverabilità del fatto al suo autore, il suo fondamento.

L'orientamento prevalente anche in altri Paesi è conforme a quello tedesco. In Francia parte della dottrina qualifica la non imputabilità fra le "cause soggettive di esclusione del reato" accanto all'errore ed al costringimento mentre la minore età viene ascritta alle cause di esenzione della pena, analogamente alle immunità. In Spagna, lo stato di non imputabilità viene considerato in termini univoci stante anche la chiara terminologia usata dal codice, una circostanza scusante o esimente, nel senso che essa esclude la colpevolezza, impregiudicate l'antigiuridicità e la tipicità del fatto-reato. Analogamente la disciplina del codice penale austriaco e di quello federale svizzero afferma che agisce non consapevolmente il soggetto non imputabile. L'imputabilità è, quindi, ricondotta alla colpevolezza nel senso di presupposto di quest'ultima. Diversamente, nel codice belga non esiste infrazione nel caso del reato commesso da soggetto non imputabile per infermità di mente. Da ciò la dottrina deduce che l'incapacità mentale rientra tra le cause di giustificazione in quanto esclude l'antigiuridicità del fatto stesso. La dottrina olandese, infine, ricomprende tra le cause di esclusione della pena la non imputabilità in quanto l'art. 37 del codice penale fa riferimento ad un "fatto non punibile"; si ritiene, quindi, che nel caso in cui il giudice avesse dubbi circa l'imputabilità dell'agente questi non potrebbe essere riconosciuto non imputabile secondo la regola *in dubio pro reo* e rimarrebbe per ciò punibile. Esiste, in realtà, altro orientamento secondo il quale il dubbio sullo stato di capacità comporterebbe la non dimostrabilità di uno dei requisiti della colpevolezza e quindi della colpevolezza stessa. Anche nei paesi di *common law* si ritiene che l'imputabilità sia un momento imprescindibile della colpevolezza.

⁷⁶ Artt. 86, 111, 222, 224 c.p.

rimprovero. Il dolo e la colpa del non imputabile, infatti, non coincidono totalmente col dolo e la colpa del soggetto capace di intendere e di volere.

A ben vedere *“essi sono stati psichici: il dolo, come volontarietà psichica del fatto nella sua materialità, può non ricomprendere la colpevolezza del suo significato offensivo, inoltre, l'errore di fatto condizionato proprio dalla malattia mentale può non escludere la pericolosità del non imputabile e può perciò pur sempre comportare l'applicabilità, nei suoi confronti, di una misura di sicurezza. Quanto poi alla colpa del non imputabile, questa nella stragrande maggioranza dei casi consisterà verosimilmente nella violazione di una semplice misura oggettiva di diligenza, mentre sarà fuori discussione un rimprovero da muovere sulla base di una misura soggettiva e più personalizzata”*⁷⁷.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Suprema Corte sul punto non è unanime.

Infatti, in alcune sentenze la Corte di Cassazione ha affermato che l'imputabilità non è un presupposto della colpevolezza con la conseguenza che l'indagine sul dolo non è preclusa dall'incapacità di intendere e di volere del soggetto ed, anzi, ne è necessario l'accertamento per determinare la specie e la durata delle misure di sicurezza⁷⁸.

⁷⁷ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 323. Si veda anche Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 4 ss. *“La conclusione è che, con riferimento al non imputabile (che sia totalmente non imputabile: per il dolo e la colpa del semimputabile, invece, non emergono differenze particolari rispetto al soggetto capace di intendere e di volere), la colpa, anche per ciò che concerne l'errore colposo per i reati punibili se commessi colposamente, è da intendersi come mera violazione della regola oggettiva di diligenza; il dolo è da intendersi come (= può essere, può ridursi anche soltanto a) mera intenzionalità della condotta, quando l'errore di fatto o di diritto extrapenale sul fatto costitutivo del reato (come del resto la mancata rappresentazione o ignoranza di un elemento del fatto) sia dovuto esclusivamente all'incapacità di intendere e di volere del soggetto (si tratti cioè di errore non comune, ma condizionato: limite sistematico alla rilevanza dell'art. 47, co.1° e 3°).*

⁷⁸ Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 2000, Bucci, in *Cass. pen.*, 2001, 1483; Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1992, Di Mauro, in *Giust. pen.*, 1993, II, 275. Si è anche affermato, in base a tale principio, che il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità ai sensi dell'art. 425 c.p.p. solo dopo aver accertato la configurabilità in termini materiali e di colpevolezza del reato attribuito all'imputato stesso; nello specifico, la Cassazione ha annullato la sentenza di merito che *“si era limitata a dare atto della mancanza di evidenti cause di proscioglimento nel merito”* così Cass. pen., Sez. VI, 30 settembre 2008, D. e altro, in *CED Cass. pen.*, 2008.

I Giudici hanno, infatti, affermato che *“colpevolezza ed imputabilità agiscono su piani diversi, poiché la seconda costituisce il presupposto non solo logico giuridico, ma anzitutto naturalistico della prima. Pertanto, i due concetti sono fra loro indipendenti, sicché l’indagine sulla colpevolezza, presupponendo il superamento logico di quella sulla imputabilità, non può ulteriormente essere influenzata da quest’ultima, nemmeno nell’ipotesi di ridotta capacità di intendere e volere”*⁷⁹.

Diversamente, in altre pronunce si afferma che l’imputabilità costituisce presupposto logico-giuridico e naturalistico della colpevolezza, riaffermando l’autonomia concettuale e giuridica dei due istituti nel senso che la prima attiene ad una concezione psichica del soggetto, estrinseca al reato, mentre la seconda, che presuppone la prima, fa riferimento al criterio normativo in base al quale è attribuibile in concreto al soggetto la causalità psichica di una determinata condotta ed inerisce al concetto di reato; esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda⁸⁰.

Non si può non fare un cenno alla recente sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 25 gennaio 2005, n. 9163, Raso, in tema di vizio di mente e gravi disturbi della personalità ove, quasi a chiarimento in merito alle diverse posizioni di volta in volta assunte, la Corte prende posizione ed afferma che, nonostante la collocazione sistematica della relativa disciplina (posta all’inizio del titolo IV, dedicato al reo), l’imputabilità *“non si limita ad essere “una mera capacità di pena” o un “semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale”,*

⁷⁹ Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1984, De Benedettis, in *Cass. pen.*, 1986, 1063. Ed ancora: *“L’imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda”* Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1990, Rosso, in *Cass. pen.*, 1991, II, 520.

⁸⁰ Così Cass. pen., sez. VI, 07.11.1990, Rosso in *Cass. pen.*, 1991, II, 520.; Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1984, De Benedettis, in *Cass. pen.*, 1986, 1063; Cass. pen., sez., VI, 10 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1971.

ma il suo “ruolo autentico” deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato [...] “se il reato è un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa, ma anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto” essa, dunque, non è “mera capacità di pena”, ma “capacità di reato o meglio, capacità di colpevolezza”, quindi, nella sua “propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza”, non essendovi colpevolezza senza imputabilità”⁸¹.

La conclusione posa sulla ricostruzione del concetto di rimproverabilità del comportamento quale presupposto della capacità della colpevolezza, anche alla luce dei precetti costituzionali della personalità della responsabilità penale e della finalità rieducativa della pena.

Infatti, i confini di rilevanza ed applicabilità dell'istituto dell'imputabilità dipendono anche dal concetto di pena che si intenda privilegiare. Nell'ottica retributiva di quest'ultima, se la pena deve servire a compensare la colpa per il male commesso, non può non rilevarsi che essa si giustifica solo nei confronti dei soggetti che hanno scelto di delinquere in piena libertà; sotto il profilo di un'ottica preventiva ponendosi in dubbio il rapporto tra libertà del volere e funzione preventiva (in cui il principio di libertà del volere non è più funzionale alla fondazione e giustificazione della pena), tale funzione preventiva potrà rivolgersi solo a soggetti che siano effettivamente in grado di cogliere l'appello contenuto nelle norme e fra questi non sembra possano annoverarsi anche i soggetti non imputabili in quanto ritenuti non suscettibili di motivazione mediante minacce sanzionatorie. E, in merito al profilo della risocializzazione (nell'ottica di prevenzione speciale) si deve sottolineare che il collegamento psichico tra fatto ed autore, comunque necessario per dar senso alla

⁸¹ Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

risocializzazione non può che essere visto nella possibilità che il soggetto aveva di agire altrimenti al momento del fatto commesso.

In mancanza di ciò non avrebbe senso chiedersi se il soggetto abbia bisogno di essere rieducato, dovendosi piuttosto ritenere che egli non sia neppure in grado di cogliere il significato della pena e, conseguentemente, di modificare i propri comportamenti.

4. Le cause di esclusione dell'imputabilità: tassatività?

Nei primi paragrafi del presente capitolo si è già accennato al fatto che spesso l'imputabilità viene considerata un concetto definito "in negativo" ovvero per il tramite delle cause di esclusione dell'imputabilità stessa.

Essa, pertanto, è considerata normalmente presente quando l'autore, al momento del fatto, abbia raggiunto la maturità fisio-psichica, convenzionalmente fissata al compimento del diciottesimo anno d'età, e non versi in una situazione di infermità che ne pregiudichi la potenziale attitudine alla comprensione del mondo circostante e/o all'autocontrollo o autodeterminazione; *"in altri termini: l'imputabilità c'è, tranne che...."*⁸².

Questa concezione rappresenta il compromesso tra le esigenze del principio di colpevolezza e quelle della prevenzione generale: il primo consente il rimprovero che ha per conseguenza la pena soltanto quando il soggetto sia capace di intendere e volere, la prevenzione generale, d'altra parte, difficilmente tollererebbe che si dovesse in ogni singolo caso fornire la prova della sua presenza. Da questo promana un assetto normativo per il quale non occorre dimostrare positivamente la capacità di intendere e di volere e la stessa

⁸² Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 6.

la si può considerare presente nella persona maggiore di età⁸³ sino a quando non sorge un concreto, ragionevole, serio dubbio sulla sua assenza.

Qualora intervenga un serio dubbio sulla sussistenza della capacità di intendere e di volere, il giudice ha due alternative: accertare l'insussistenza dell'incapacità o prosciogliere l'imputato. Ciò deriva dalla centralità del principio di colpevolezza e del conseguente rilievo dell'imputabilità quale presupposto.

Questo rilievo "*consente di affermare che le c.d. cause di esclusione (o diminuzione) dell'imputabilità non sono tassative*"⁸⁴: oltre a quelle espressamente previste dal codice possono esserne individuate altre purché che esse abbiano come effetto quello di privare concretamente il soggetto della capacità di intendere e di volere⁸⁵.

Probabilmente questo non era l'intento dei compilatori del Codice Rocco, i quali mossi da un intento general-preventivo miravano ad evitare qualsiasi disputa sull'imputabilità (da cui l'ancoraggio del vizio di mente alla relativa solidità di una infermità "cl clinicamente accertata").

In realtà, non vi è alcuna ragione per la quale un'incapacità di intendere e di volere concretamente prodotta da una causa non prevista dal codice non sia da valutare come causa di non imputabilità (es. assunzione farmaco non stupefacente). Non si può negare, infatti, vi siano soggetti incapaci di intendere i valori della nostra società e comunque non rientranti nelle ipotesi tassative perché maggiorenni, non infermi di mente, non intossicati, non sordomuti, ma nei confronti dei quali esiste la stessa *ratio* che sorregge la non imputabilità, la

⁸³ Diversamente per chi abbia compiuto i quattordici, ma non ancora i diciotto anni.

⁸⁴ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 8. Dello stesso parere Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 327; Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 405; Mantovani F., *Principi*, cit., 643.

⁸⁵ Opinione condivisa in dottrina: Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 327; Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 405; Mantovani F., *Principi*, cit., 643.

quale, pertanto, dovrà essere loro estesa⁸⁶; “di fronte alla portata generale dell’art. 85, anzi, si pongono come norme eccezionali – e pertanto insuscettibili di applicazione analogica- non quelle che prevedono cause di esclusione dell’imputabilità in quanto rendano il soggetto incapace di intendere e di volere, ma al contrario quelle che affermano l’imputabilità malgrado una (naturalistica, da accertare) incapacità di intendere o di volere”⁸⁷.

Ciò che rileva, quindi, non è la tipologia astratta della causa che esclude l’imputabilità, bensì ciò che la singola causa concretamente determina (quindi l’incapacità di intendere e di volere).

4.1. Il vizio di mente

“Non è imputabile chi, al momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere” (art. 88 c.p.).

Premessa necessaria vuole che si chiarisca sin da subito come la nozione di infermità mentale sollevi, oggi più che mai, complessi problemi interpretativi e di accertamento giudiziale.

Complessità e delicatezza dell’accertamento si sono acutizzate dalla circostanza che la stessa scienza psichiatrica è attraversata da una crisi di identità tale per cui non è per nulla univoco e semplice individuare il concetto di malattia mentale⁸⁸. La tematica verrà approfondita nel capitolo successivo in quanto le difficoltà interpretative e, soprattutto, le conseguenze che possono

⁸⁶ Gli esempi sono quelli del selvaggio, o dei c.d. uomini-lupo e quelli, meno scolastici dei soggetti tenuti in segregazione fin dall’infanzia e poi liberati oppure cresciuti in isolamento socio-culturale, impeditivo di un normale sviluppo intellettuale.

⁸⁷ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 9.

⁸⁸ Bertolino M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190; Bertolino M., *Profili vecchi e nuovi dell’imputabilità penale e della sua crisi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 202; Bertolino M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 539; Collica M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 2002, 883.

derivare dalla scelta di un concetto piuttosto che di un altro, sono strettamente connesse con le neuroscienze e con gli effetti dirompenti che quest'ultime stanno originando nel mondo del diritto penale.

Nel presente paragrafo, pertanto, ci si limiterà ad una descrizione dottrinale di questa causa di esclusione dell'imputabilità senza approfondire ciò che ci si riserva di analizzare nel capitolo seguente.

Il codice Rocco nel disciplinare le cause patologiche che influenzano l'imputabilità ha accolto un indirizzo che potremmo definire "biopsicologico" ovvero non è sufficiente accertare una malattia mentale per dedurre automaticamente l'inimputabilità del soggetto, ma occorre altresì appurare se ed in quale misura la malattia stessa ne comprometta la capacità di intendere e di volere.

Ma il termine "infermità" coincide con quello di "malattia"?

Se considerato da un punto di vista letterale, il concetto di infermità è più ampio perché ricomprende nel suo ambito anche disturbi psichici di carattere non strettamente patologico. Ne consegue che ove si tenga ferma la distinzione tra i due termini, l'istituto della non imputabilità può subire una estensione applicativa. Questa maggior ampiezza, del resto, concorrerebbe con lo scopo sotteso alle norme sull'imputabilità: ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, infatti, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo⁸⁹.

4.1.1. L'evoluzione del concetto di infermità mentale

⁸⁹ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 332.

Volendo ricostruire le teorie maggiormente diffuse in dottrina e giurisprudenza sul concetto in vizio di mente non si può non partire dalla concezione più tradizionale e risalente nel tempo in base alla quale il concetto di malattia mentale veniva ricostruito secondo un *modello medico-organicistico*.

Le infermità mentali sono vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi, però, un substrato organico o biologico. È infermità di mente soltanto il disturbo psichico che poggia su una base organica e/o che possiede caratteri patologici così definiti da poter essere ricondotto ad un preciso quadro nosografico-clinico⁹⁰.

Tale modello nosografico afferma la piena identità tra l'infermità di mente ed ogni altra manifestazione patologica sostanziale; postula la configurazione di specifici modelli di infermità e della loro sintomatologia; propone, pertanto, il disturbo psichico come infermità "certa e documentabile" escludendosi ogni peculiarità, sotto tale profilo, rispetto ad altre manifestazioni patologiche.

Conseguenza immediata e diretta è che un disturbo psichico può essere riconducibile ad una malattia mentale soltanto qualora sia nosograficamente inquadrato. Se ne deduce, quindi, che l'accertamento della causa organica rimane assorbito dalla sussumibilità del disturbo nelle classificazioni nosografiche elaborate dalla scienza psichiatrica, nel quadro-tipo di una determinata malattia⁹¹.

⁹⁰ In giurisprudenza si veda: *"le semplici anomalie della personalità, del carattere e del sentimento, non derivanti da tare patologiche, e i disturbi del sistema nervoso centrale privi di substrato organico (o non aventi origine di lesioni organiche) non costituiscono infermità mentale"* Cass. pen., sez. II, 9 maggio 1983, Dottori, in *Giust. pen.*, 1984, II, 479 e, nello stesso senso Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 1984, Martullo, in *Cass. pen.*, 1985, 881.

⁹¹ Conseguenza è che quando il disturbo psichico ed aspecifico non corrisponde al quadro-tipo di una data malattia non sussiste uno stato patologico coincidente con il vizio parziale di mente. In giurisprudenza si è affermato che *"le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono solo le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originali o quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità, sicché esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di*

Questo orientamento che esclude dall'area della inimputabilità le semplici "anomalie" psichiche, invero, privilegia i parametri clinici di giudizio allo scopo di soddisfare una duplice esigenza di fondo: da un lato, garantire meglio il valore della certezza giuridica grazie allo stretto legame con la nosografia psichica ufficiale, dall'altro, sempre grazie a questo legame, impedire un'eccessiva dilatazione dei casi di ritenuta inimputabilità.

Agli albori del Novecento sotto l'influenza dell'opera freudiana⁹² entrò in crisi questa concezione⁹³ ed iniziò a proporsi il *paradigma c.d. psicologico*, per il quale i disturbi mentali rappresentano disarmonie dell'apparato psichico, nelle quali la realtà inconscia prevale sul mondo reale e nel loro studio vanno individuate le costanti che regolano gli avvenimenti psicologici, valorizzando i fatti interpersonali, di carattere dinamico, piuttosto che quelli biologici, di carattere statico.

I disturbi mentali sono ricondotti a disarmonie dell'apparato psichico in cui le fantasie inconsce raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa, per il soggetto, più significativa della realtà esterna e quando questa realtà inconscia prevale sul mondo reale, si manifesta la malattia mentale.

uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali" Cass. pen., sez. VI, 09 aprile 2003, in CED Cass. pen. 2003; *"le manifestazioni di tipo nevrotico depressive, i disturbi della personalità, comunque prive di un substrato organico, la semplice insufficienza mentale non sono idonee a dare fondamento ad un giudizio di infermità mentale [...] solo l'infermità mentale avente una radice patologica e fondata su una causa morbosa può fare escludere o ridurre, con la capacità di intendere e di volere, l'imputabilità, mentre tutte le anomalie del carattere, pur se indubitabilmente incidono sul comportamento, non sono idonee ad alterare nel soggetto la capacità di rappresentazione o di autodeterminazione"* Cass. pen., sez. I., 04 giugno 1991, Catalano e altro, in Cass. pen., 1992, 3040.

⁹² Una delle classificazioni più importanti dell'opera di Freud è la scoperta dell'inconscio ovvero di un mondo nascosto dentro di noi, privo di confini fisiologicamente individuabili attraverso l'esame dei tre livelli della personalità: Es, il livello più basso e originario, perennemente inconscio; l'Io, la parte ampiamente conscia, che obbedisce al principio di realtà; il Super-io che costituisce la coscienza sociale e consente la interiorizzazione dei valori e delle norme sociali.

⁹³ Bertolino M., *La crisi*, cit., 201; Smigliani E., *Imputabilità ed anomalie della personalità e del carattere*, in *Giust. pen.*, 1986, I, 147.

Il concetto di infermità quindi si allarga fino a ricomprendere non solo le psicosi organiche, ma anche altri disturbi morbosi dell'attività psichica, come le psicopatie, le nemesi, i disturbi dell'affettività.

Oggetto dell'indagine, quindi, non è più la persona-corpo, ma la persona-psiche.

Intorno agli anni Settanta del secolo scorso si è sviluppato, infine, *l'indirizzo sociologico* secondo il quale la malattia mentale è disturbo psicologico avente origine sociale, non più attribuibile ad una causa individuale di natura organica o psicologica, ma a relazioni inadeguate nell'ambiente in cui il soggetto vive. Essa nega la natura fisiologica dell'infermità e pone in discussione anche la sua natura psicologica ed i principi della psichiatria classica, proponendo, in sostanza, un concetto di infermità di mente come malattia sociale.

Nella scienza psichiatrica attuale, infine, sono presenti orientamenti che propongono un *modello integrato* della malattia mentale, in grado di spiegare il disturbo psichico sulla base di diverse ipotesi esplicative della sua natura e della sua origine. Ciò si traduce in una visione "integrata" che tiene conto di tutte le variabili biologiche, psicologiche, sociali e relazionali che entrano in gioco nel determinismo della malattia: si supera così la visione eziologica monocausale della malattia mentale, pervenendo ad una concezione "multifattoriale integrata"⁹⁴.

Trovano così spazio gli orientamenti ispirati ad una prevalenza del dato medico, valorizzanti l'eziologia biologica della malattia mentale (psichiatria c.d. biologica) e, contro i rischi di un facile approccio biologico, si sviluppa la c.d. psichiatria dinamico-strutturale che considera il comportamento umano sotto il duplice aspetto biologico e psichico.

⁹⁴ Ponti G., *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sulla imputabilità*, a cura di Ceretti A., Merzagora I., Padova, 1994, 8.

In tale contesto, i più accreditati sistemi di classificazione (ad esempio il DSM-IV o l'ICPC-10⁹⁵) dovrebbero assumere il valore di parametri di riferimento aperto, in grado di comporre le divergenti teorie interpretative della malattia mentale e fungere, quindi, da contenitori unici.

Rivendicando una maggiore autonomia della valutazione giuridica rispetto alle classificazioni medico-nosografiche è permesso al giudice di fare applicazione degli artt. 88 e 89 c.p. anche se il disturbo psichico è insuscettibile di un preciso inquadramento clinico purché si possa fondatamente sostenere che esso abbia in concreto compromesso la capacità di intendere e di volere.

Pertanto, oggi, può ritenersi superata la concezione unitaria di malattia mentale, affermandosi, invece, una concezione integrata che comporta un approccio il più possibile individualizzato, con esclusione di ricorso a categorie o a vecchi rigidi schemi nosografici⁹⁶.

Ampliata così la nozione di infermità, è diretta conseguenza risolvere, in particolare, il dilemma della rilevanza delle psicopatie ai fini del giudizio sull'imputabilità.

A tal fine appare decisiva l'angolazione visuale in cui si pone l'interprete: se prevale la preoccupazione di rafforzare la difesa sociale, si obietterà che la semplice equiparazione tra psicopatia e malattia mentale contrasta con gli scopi del diritto penale perché i numerosi soggetti affetti da disturbi della personalità, confidando nell'esenzione della pena, sarebbero indotti ad allentare ulteriormente i loro già deboli freni inibitori.

⁹⁵ Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali.

⁹⁶ L'ampliamento della nozione penalmente rilevante di malattia mentale ha trovato riscontro nei vari progetti di legge delega per la riforma del codice penale succedutisi negli ultimi anni, sull'argomento si veda Collica M. T., *Prospettive di riforma*, cit., 2002, 879; Manna A., *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza. Verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1318; Manna A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, 243; Traverso G.B., Ciappi S., *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, 667.

Se, invece, risulta preponderante la preoccupazione di rispettare la *ratio* delle norme sull'imputabilità in nome del pieno rispetto del principio di colpevolezza si dovrà ammettere che anche le anomalie della personalità, specie in condizioni di particolare gravità, possono incidere sulla capacità di intendere e di volere sino ad escluderla del tutto⁹⁷.

L'infermità che dà origine all'alterazione della mente non necessariamente deve essere psichica, ben potendo consistere in una disfunzione di origine fisica ed organica.

La nozione di infermità, a voler seguire il modello c.d. integrato, si presta a ricomprendere disturbi mentali transitori che non potrebbero essere qualificati malattia o infermità vera e propria. Pertanto, ammessa la possibilità della distinzione, non c'è ragione di escludere dal quadro delle infermità rilevanti ai fini degli artt. 88 e 89 c.p. disturbi mentali legati a malesseri fisici, ma consistenti in stati propri della psiche⁹⁸.

Analogamente, in merito al momento in cui va riferito l'accertamento dell'infermità mentale, la giurisprudenza afferma concordemente che occorre far riferimento al momento in cui il fatto da giudicare è stato commesso; da ciò deriva che il riconoscimento di una infermità mentale contenuta in una sentenza non può vincolare il giudice di un diverso procedimento a carico della

⁹⁷ Ciò comporta inevitabili riflessi di indeterminatezza sui criteri di imputazione della responsabilità penale. Quando il reo è affetto da un disturbo della personalità o da una nevrosi di tale gravità da avere influito sulla sua capacità di intendere e di volere? E con quale intensità? Sono questi i quesiti che mettono a disagio non solo il sapere giuridico-penale, ma anche il sapere psicologico e psichiatrico forense, al quale il diritto si rivolge per una risposta. Non sussistono dubbi sul fatto che il concetto di imputabilità sia al tempo stesso empirico e normativo e che, pertanto, non può rinunciare all'apporto scientifico delle scienze extrapenali, ma *"è altrettanto indubbio che queste scienze non sono in grado di dare al giudice risposte così "certe" e "scientificamente garantite", da evitare che nella decisione sull'imputabilità possano prevalere valutazioni di pura prevenzione generale o retributive a scapito di quelle di prevenzione speciale e di colpevolezza del fatto, che impongono una risposta sanzionatoria modulata sulle reali condizioni del reo e dunque anche individualizzata al recupero"* così Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, 1.

⁹⁸ De Matteis L., *Dell'imputabilità*, (a cura di) in Lattanzi G., Lupo E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*. Volume IV, Il reo e la persona offesa del reato, Milano, 2010, 26. In giurisprudenza si veda Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 1991, Gatti, in *Cass. pen.*, 1993, 306.

medesima persona perché l'infermità mentale può non costituire uno *status* permanente dell'individuo⁹⁹.

Se il giudice ravvisa la sussistenza di un vizio totale di mente che abbia privato il soggetto della capacità di intendere e di volere al momento della realizzazione della fattispecie delittuosa pronuncerà una sentenza di proscioglimento e, se ricorrono gli estremi della pericolosità sociale, potrà disporre la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi dell'art. 222 c.p.

4.1.1. La pronuncia delle Sezioni Unite in merito ai disturbi della personalità

Anche la giurisprudenza di legittimità con l'importante pronuncia a Sezioni Unite, 25 gennaio 2005, n. 9163¹⁰⁰ ha stabilito che anche i disturbi della personalità (che non sono sempre inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali) possono rientrare nel concetto di infermità¹⁰¹.

⁹⁹ Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1992, Renato in *Giust. pen.*, 1993, II, 691; Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 1996, El Sayed, in *Cass. pen.*, 1997, 3019. Si è, pertanto, affermato che non esista incompatibilità logico-giuridica tra due sentenze, emesse nei confronti dello stesso imputato per fatti diversi, commessi in tempi diversi, delle quali una lo ritenga incapace e l'altra, invece, capace: in tal senso, si veda Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1989, Panfilla, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1224; Cass. pen., sez. II, 19 giugno 1997, Milani, in *Cass. pen.*, 1998, 1367.

Il principio vale anche rispetto a più reati commessi nello stesso momento temporale che formino oggetto di procedimenti distinti: così Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 1985, Ciavola, in *Giust. pen.*, 1987, III, 169; Cass. pen., sez. III, 8 febbraio 2008, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1, 231.

¹⁰⁰ Cass. pen., Sez. un. 25 gennaio 2005, Rado, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851. Si vedano i commenti. Bertolino M., *L'infermità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.* 2005, 7, 837 ss; Fidelbo G., *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1873 ss.; Manna A., *L'imputabilità*, cit., 1.

¹⁰¹ Il caso posto al vaglio della Corte riguarda la condotta di A.G., che nel dicembre del 2001, dinanzi alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplodeva due colpi di pistola all'indirizzo di V., che attingevano la vittima all'altezza del collo e della testa, provocandone la morte. Arrivati sul luogo del fatto, gli agenti di polizia trovavano R. ancora con la pistola in pugno che esclamò al loro indirizzo: "Sono stato, io, così ha finito di rompere". Dai primi atti d'indagine emergeva che l'omicidio era

La Corte offre una chiara e puntuale motivazione sul punto.

Il principio di diritto affermato dalla sentenza attiene al contenuto da riconoscere al controverso elemento normativo extragiuridico, rappresentato dalla espressione “infermità”.

Seguendo le ultime acquisizioni della scienza psicopatologica, la Corte impone una interpretazione ampliativa ed adeguatrice di tale espressione, facendo proprio quell’orientamento già accolto dalla giurisprudenza sull’imputabilità a favore di un concetto meno medico e più psicologico di malattia mentale. I giudici di legittimità fondano il ragionamento partendo dal concetto che l’imputabilità è, al tempo stesso, concetto empirico e normativo e valorizza, pertanto, il modello a due piani di quest’ultimo (giudizio misto o biologico-normativo).

Alla diagnosi clinica, infatti, (primo piano del giudizio) deve fare riscontro un’indagine attenta alla reale incidenza del disturbo diagnosticato sulla capacità di intendere e di volere, ma non in via generale ed astratta, bensì in termini strettamente relazionali e cioè con specifico riferimento al rapporto che lega il disturbo alla condotta criminosa (secondo piano del giudizio).

Quanto al primo piano, quello della diagnosi.

La Corte, *in primis*, osserva come gli artt. 88 e 89 c.p. fanno riferimento non già ad una infermità mentale, ma ad una infermità che induca il soggetto “in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere” o “da farla scemare grandemente”¹⁰². Se ne è dedotto che “*non è l’infermità in se stessa a rilevare, bensì un “tale stato di mente”, da essa determinato, da “escludere la capacità di intendere e di volere o da “farla ritenere grandemente scemata”*”; ulteriore corollario di tale rilievo è che tali norme “*non circoscrivono il rilievo alle sole infermità psichiche,*

maturato in un clima di ripetuti diverbi condominiali, originati da presunti rumori dell’autoclave provenienti dall’appartamento della vittima, posta al piano superiore rispetto a quello dell’omicida.

¹⁰² Mentre gli artt. 218 e 222 c.p. in tema di presupposti per l’applicabilità della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico o in casa di cura o di custodia parlano espressamente di “infermità psichica”.

*ma estendono la loro previsione anche alle infermità fisiche, che a quello stato di mente possano indurre*¹⁰³.

In *secundiis*, la Cassazione rileva che il concetto di “infermità” non è del tutto sovrapponibile a quello di “malattia”, risultando rispetto a questo, più ampio. Di fronte a tale specifica indicazione di “infermità”, infatti, il legislatore usa altrove espressamente il diverso termine di “malattia del corpo o della mente” (artt. 582, 583 c.p.).

In particolare, si sottolinea come la giurisprudenza di legittimità formatasi in riferimento all’art. 582 c.p. ha ritenuto che *“il concetto clinico di malattia richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di fatto morboso in evoluzione a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l’adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte”*¹⁰⁴; il medesimo concetto riguarda *“alterazioni organiche o funzionali sia pure di modesta entità”*¹⁰⁵, *“qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell’organismo, ancorché localizzata”*¹⁰⁶, ed in esso è inclusa anche la “alterazione psicopatica” che sia in rapporto diretto di causalità con la condotta dell’agente¹⁰⁷.

Il termine “infermità”, invece, dal latino *infermitas*, a sua volta derivato da *infirmus* (fermo, saldo, forte) è dai dizionari della lingua italiana assunto come termine generico per indicare qualsiasi malattia che colpisca l’organismo.

La sentenza rileva che il termine infermità esprime un concetto statico, un modo di essere senza riferimento al termine di durata, sicché, la nozione medico-legale di malattia di mente viene identificata nell’ambito della più vasta

¹⁰³ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 1998, Rocca, in *Cass. pen.*, 2000, 384.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. I, 11 giugno 1985, Bellomo, in *Giur. it.*, 1986, II, 140.

¹⁰⁶ Cass. pen., sez., V, 02 febbraio 1984, De Chirico, in *Giust. pen.*, 1985, II, 32.

¹⁰⁷ Cass. pen., sez. V, 06 febbraio 1987, Di Maria, in *Cass. pen.*, 1988, 1022.

categoria delle infermità, riconoscendosi “*un valore generico al termine infermità e un valore specifico al termine malattia*”¹⁰⁸.

Infatti, nella prospettazione codicistica, il termine di infermità deve ritenersi assunto secondo una accezione più ampia di quello di malattia, e già un tanto, appare mettere in crisi contrastandolo *funditus*, il criterio della totale sovrapponibilità dei due termini e con esso, fra l'altro ed innanzitutto, quello della esclusiva riconducibilità della “infermità” alle sole manifestazioni morbose aventi basi anatomiche e substrato organico, o, come altra volta è stato più restrittivamente detto, come “*malattia fisica del sistema nervoso centrale*”¹⁰⁹.

D'altra parte gli artt. 88 e 89 c.p. devono essere letti in stretto rapporto, sistematico e derivativo, con il generale disposto dell'art. 85 c.p. cosicché, anche in riferimento alle rigide classificazioni nosografiche della psichiatria ottocentesca di stampo organicistico-positivistico, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo.

La sentenza si allinea, di conseguenza, agli orientamenti classificatori dei moderni manuali diagnostici, ampiamente diffusi e condivisi dalla comunità degli scienziati e che la stessa sentenza richiama, nella specie il DSM (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali)¹¹⁰. In nome della necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza, dato il duplice profilo, empirico e normativo della imputabilità, appare inevitabile alle Sezioni Unite

¹⁰⁸ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

¹⁰⁹ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

¹¹⁰ In questo manuale la classificazione avviene per sindromi e non per cause e risulta compatibile con una spiegazione multifattoriale del disturbo psichico secondo la moderna concezione integrata della malattia mentale.

l'ampliamento del novero delle cause che possono incidere sull'imputabilità, includendovi anche i disturbi della personalità.

Quanto al secondo piano, quello del giudizio.

La Corte appare consapevole dei rischi del concetto di infermità allargata ai disturbi della personalità e dei limiti ed incertezze di tale giudizio. Senza dubbio ciò che rileva è solo l'accertamento delle capacità intellettive e cognitive dell'agente ai fini dell'imputabilità, pur dovendo interessare al giudice anche ciò che sta a monte di tale accertamento perché esso costituisce "*snodo rilevante per la espressione ed il controllo del giudizio*"¹¹¹ su quelle capacità.

Evidente, quindi, il compito del perito di giudicare l'incidenza del disturbo sulle capacità intellettive e volitive dell'imputato e sul nesso eziologico fra disturbo e comportamento deviante; al giudice, invece, il compito di tradurre questo giudizio in quello di rimproverabilità o meno del fatto all'autore, e cioè in quello di colpevolezza, secondo il principio generale sancito dall'art. 85 c.p.

Il piano normativo del giudizio finisce così per assumere un ruolo preminente su quello biologico, anche se, è doveroso sottolinearlo, solo per determinati tipi di disturbo psichico si potrebbe sostenere che il giudice può fare affidamento su ipotesi scientifiche fornite di un alto grado di probabilità logica. Trattasi di casi in cui il disturbo presenta un substrato organico conclamato o altamente probabile. Trattasi di casi in cui la validità scientifica delle ipotesi esplicative del fenomeno è giustificata dall'accordo delle varie correnti psicopatologiche sulla sua sicura o almeno altamente probabile origine organica.

Ma le ipotesi di disturbo da ricondurre al modello medico rappresentano una categoria marginale per la prassi che spesso è costretta a confrontarsi con valutazioni di infermità dalla natura sfuggente ed indefinita, come i disturbi di personalità, le anomalie del carattere o i disturbi *border line*. Anche in questi casi

¹¹¹ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

in giudice non può prescindere dal sapere scientifico per puntare ad una normativizzazione del giudizio sulla imputabilità.

Le Sezioni Unite sul punto sottolineano come non si possa rinunciare alla base empirico-fattuale del giudizio e, quindi, ritengono che il giudice anche se messo di fronte ad una varietà di paradigmi interpretativi, non possa che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accolte, più condivise, finendo con il costituire generalizzata prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici.

Quale rilevanza, pertanto, ai disturbi della personalità?

Ai disturbi della personalità può essere attribuita una attitudine, scientificamente condivisa, a proporsi come causa idonea ad escludere o grandemente scemare in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente.

Questi ultimi rientrano nella più ampia categoria delle psicopatie, categoria ben distinta da quella delle psicosi, queste ultime considerate vere e proprie malattie mentali comportanti una perdita dei confini dell'Io¹¹².

I disturbi della personalità, invece, si caratterizzano come *“modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative di cultura dell'individuo”* ed ancora, *“i tratti di personalità vengono diagnosticati come disturbo della personalità solo quando sono inflessibili, non adattivi, persistenti e causano una compromissione significativa o sofferenza soggettiva”*¹¹³.

Questi ultimi possono acquisire rilevanza solo ove siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere.

¹¹² Cass. pen., sez. I, 09 aprile 2003, De nardo e altro, in *CED Cass. pen.* 2003.

¹¹³ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

Deve trattarsi di un *“disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che, incolpevolmente, rende l’agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, e conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi: ed a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, l’indispensabile apporto e contributo tecnico, ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali [...] È, infine, necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo. Invero, la dottrina ha da tempo posto in rilievo come le più recenti acquisizioni della psichiatria riconoscano spazi sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una “quota di responsabilità”*¹¹⁴.

In conclusione, il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte è il seguente: *“ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di “infermità” anche i “gravi disturbi della personalità”, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa”*¹¹⁵.

Per riassumere, pertanto, si può affermare che sussiste il vizio totale di mente quando l’infermità, presente al momento del fatto, è tale da escludere del tutto la capacità di intendere e di volere. Il concetto di infermità comprende anche i disturbi della personalità e può essere anche solo meramente transitoria (purché sia tale da far venir meno i presupposti dell’imputabilità¹¹⁶).

¹¹⁴ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

¹¹⁵ Così Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, cit.

¹¹⁶ Difficoltà, infatti, affiorano nella valutazione della capacità di intendere e di volere di un soggetto che delinque in un momento di “lucido intervallo”: è necessario, in questa ipotesi, verificare quale effetto ultimo sortisca sull’imputabilità del soggetto l’incidenza della malattia sulla psiche. Sicché *“non è per ciò solo imputabile ad es. l’epilettico che delinque fuori degli eccessi convulsivi: lo sarà se il reato è stato*

Non è sufficiente, infatti, ai fini dell'imputabilità, l'accertamento della infermità, ma è necessario accertare in concreto se ed in quale misura essa abbia inciso, effettivamente, sulla capacità di intendere e di volere, compromettendola del tutto o grandemente scemandola¹¹⁷.

Ciò appurato, è necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, nesso che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo.

Invero, bisogna riconoscere spazi più ampi di responsabilità al malato di mente, riconoscendo che, pur a fronte di patologiche psichiche, egli può conservare, in alcuni casi, una "quota di responsabilità". L'esame e l'accertamento del nesso eziologico tra malattia mentale e fatto di reato è

compiuto in una fase intervallare libera da disturbi di natura psicologica, mentre sarà totalmente o parzialmente inimputabile se il reato pur se compiuto in una fase intervallare è espressivo di alterazione di tipo psichiatrico" così Mantovani F., *Principi*, cit., 679.

¹¹⁷ Interessante uno sguardo alla disciplina *de qua* nel panorama comparatistico. Si premette che il modello prevalente è incentrato su di una categoria ampia di disturbi rilevanti e sul parametro del nesso eziologico tra disturbo psichico e fatto di reato, realizzando così un ponderato bilanciamento tra istanze generalpreventive da un lato e stringente rispetto dei principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale dall'altro, tra l'esigenza di realismo psichico a tali principi sottesa ed il canone di determinatezza dei criteri di imputazione della responsabilità penale.

In particolare, il codice penale tedesco del 1975 attribuisce rilevanza, ai fini dell'imputabilità, al turbamento psicopatologico, al disturbo profondo della coscienza, alla debolezza psichica e ad ogni altra "grave anomalia mentale", tale da rendere l'agente incapace di comprendere "*das Unrecht der Tat*" (il contenuto illecito del fatto) e di agire conformemente a tale rappresentazione. Il codice spagnolo del 1995, analogamente, annovera tra le cause dirimenti l'imputabilità, qualunque "anomalia od alterazione psichica" compresi il disturbo mentale transeunte ed il timore invincibile (*miedo insuperabile*), tali da impedire all'agente di percepire il carattere illecito della condotta e di agire in conformità a tale consapevolezza. Analoga ampiezza presenta la categoria dei disturbi rilevanti ai fini dell'imputabilità prevista dal codice austriaco, cui sono ricondotti la malattia mentale, la debolezza psichica, il turbamento profondo della coscienza ed "ogni altro grave perturbamento della psiche" equivalente. Il codice francese del 1994 attribuisce rilevanza, ai fini dell'imputabilità, ai disturbi psichici e neuropsichici che abbiano "annullato il discernimento della persona od il controllo dei suoi atti". Il codice penale portoghese del 1995 attribuisce rilievo, ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, alle anomalie psichiche tali da rendere l'agente, al momento della condotta, incapace di comprendere l'illiceità del fatto ovvero di determinarsi conseguentemente a tale valutazione, precisando che può essere altresì dichiarato non imputabile chi, "*a causa di un'anomalia psichica grave, non accidentale ed i cui effetti egli non controlla, senza che per questo gli possa essere mosso rimprovero ha sensibilmente diminuita, al momento della commissione del fatto, la capacità di valutarne l'illiceità o di comportarsi secondo tale valutazione*", laddove "*la comprovata incapacità dell'agente di essere influenzato dalle pene può costituire indice di tale diminuzione dell'attitudine soggettiva a valutare l'illiceità del fatto*". Si codifica espressamente, pertanto, il requisito della motivabilità normativa quale fondamento del rimprovero di colpevolezza, ed elemento costitutivo della stessa imputabilità. Manna A., *L'imputabilità*, cit., 1 ss.

necessario al fine di delibare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto ed ipotetico, ma reale ed individualizzato, con specifico riferimento, quindi, alla stessa sfera di autodeterminazione della persona cui quello specifico fatto di reato si addebita e si rimprovera.

Viene così ammessa la possibilità di una divisibilità della capacità di intendere e di volere, nel senso che è ipotizzabile un'imputabilità settoriale¹¹⁸.

La sentenza è riconducibile ad un orientamento giurisprudenziale piuttosto consolidato e considera il nesso eziologico quale elemento di correzione della nozione allargata di infermità che consente una risposta individualizzata alle condizioni ed alle caratteristiche soggettive dell'imputato.

Il rischio di allargare eccessivamente il campo della non imputabilità, viene ridotto nella misura in cui si richiede l'esistenza di un rapporto diretto tra il reato e la specifica anomalia dell'agente e solo qualora la condotta criminosa trovi la propria motivazione nella particolare psicopatologia dell'imputato: a queste condizioni può parlarsi di rilevanza del disturbo della personalità sulla capacità di intendere e di volere¹¹⁹.

¹¹⁸ Tesi contrastata, invece, dalla dottrina prevalente che la ritiene superata dal punto di vista scientifico, considerando comunque estremamente difficile distinguere fatti illeciti dipendenti dalla malattia da quelli che non possono essere considerati ad essa causalmente collegati, Mantovani F., *Principi*, cit., 708; Padovani T., *Teoria*, cit., 177.

¹¹⁹ È sulla base di questi principi che nel caso *de quo*, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza d'appello. Il giudice di merito, infatti, aveva escluso la sussistenza di una scemata capacità di intendere e di volere, sul presupposto che quelle diagnosticate erano anomalie comportamentali che non trovavano la loro causa in una *"alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico tipico di una determinata malattia, né in una infermità o malattia mentale o alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica"*. Su tali presupposti, pur ritenendo certamente disturbata la personalità dell'imputato e riconoscendo che tale anomalia gli aveva fornito gli impulsi a commettere il delitto contestatogli, sulla base della pressione di un violento ed esasperato vissuto di persecuzione, ha escluso che l'imputato si trovasse al momento del fatto in condizione di gravemente scemata capacità di intendere e di volere per infermità. La valutazione del giudice d'appello sembrerebbe aver avuto riguardo non tanto all'osservazione dell'individuo, quanto alla categoria del disturbo. L'esclusione dell'incidenza dell'infermità sull'imputabilità è avvenuta sul presupposto che quella categoria di disturbo mentale è intrinsecamente inidonea a ridurre la capacità di intendere e di volere.

Pertanto, al rigoroso principio dell'assoluta irrilevanza di certe anomalie deve sostituirsi una valutazione caso per caso della loro intensità rispetto al fatto commesso. Non è la categoria "disturbo della personalità" a dover essere valutata in astratto ai fini della sua idoneità ad incidere sull'imputabilità, ma il disturbo così come si manifesta in concreto nel soggetto, utilizzando tutti quei criteri e quelle precauzioni che la giurisprudenza ha ormai individuato e che maneggia nel giudizio sull'imputabilità.

Si deve comunque negare rilievo a quei disturbi (anomalie caratteriali, disarmonie della personalità, alterazioni di tipo caratteriale, deviazioni del carattere e del sentimento) che, pur afferendo alla sfera del processo psichico di determinazione e di inibizione, non rivestano le connotazioni suindicate e non attingano a quel rilievo di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente, nei termini e nella misura voluta dalla norma, così come ricostruita¹²⁰.

L'interpretazione così fornita dalle Sezioni Unite del concetto di imputabilità realizza da un lato un ragionevole bilanciamento tra le opposte esigenze socialdifensive e generalpreventive nonché individualgarantiste sottese all'istituto dell'imputabilità, conferendo al requisito della capacità di intendere e di volere di cui agli artt. 85 ss c.p. la duttilità necessaria a ricomprendervi anche le ipotesi di disturbo della personalità privo di base organica e, come tale, non integrante gli estremi della "malattia psichica" in senso stretto.

Dall'altro lato, siffatta interpretazione conferisce al concetto di imputabilità la necessaria determinatezza, in ragione della precisazione del parametro (di natura obiettiva) alla cui stregua valutare l'incidenza del disturbo

¹²⁰ Si noti, infatti, che dalla sentenza emerge che gli stati emotivi e passionali, solo se inseriti eccezionalmente in un quadro più ampio di infermità avente le caratteristiche richieste, tale da portare ad una "estrema compromissione dell'io", possono assumere un significato in relazione alla capacità di intendere e di volere.

sul fatto di reato; parametro individuato nel nesso eziologico tra l'anomalia psichica e la condotta del soggetto, nelle sue concrete modalità di realizzazione.

La valenza euristica di questa precisazione (che consente di selezionare le patologie effettivamente rilevanti ai fini dell'esclusione od attenuazione della capacità di intendere e di volere del soggetto, al momento del fatto) emerge *a fortiori* ove se ne consideri l'idoneità a coniugare le recenti acquisizioni della scienza psichiatrica (che hanno dimostrato l'irragionevolezza ed inadeguatezza della limitazione delle cause dirimenti od attenuanti l'imputabilità alle sole "malattie psichiatriche" a base organica) con l'istanza generalpreventiva ed il principio di determinatezza dei criteri di imputazione della responsabilità penale, sottesi alla rigida disciplina di cui agli artt. 85 ss. c.p.¹²¹.

4.2. Il vizio parziale di mente

"Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita" (art. 89 c.p.).

La distinzione tra il vizio totale e parziale di mente è affidata ad un criterio non qualitativo, bensì quantitativo prendendo in considerazione la legge il grado e non l'estensione della malattia mentale.

Il vizio parziale non è l'anomalia che interessa un solo settore della mente, ma quella che investe tutta la mente, ma in misura meno grave¹²². Pertanto,

¹²¹ Manna A., *L'imputabilità*, cit., 1.

¹²² Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 337. In giurisprudenza si veda tra le tante Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 1982, De Mani, in Cass. pen., 1983, 11, 26. *"La differenza tra vizio parziale di mente e vizio totale di mente è di carattere prevalentemente quantitativo, mentre il loro comune presupposto è ravvisabile in una infermità che incida sulla sfera psichica del soggetto e sulla di lui capacità di intendere e di volere, differendo solo nel quantum di tale incidenza che darà vita al vizio totale, ove sia tale da escludere la detta capacità, o a quello parziale, ove scemi grandemente, senza escluderla, la capacità stessa"*.

l'apprezzamento quantitativo dell'infermità totale o parziale dell'infermità deve essere effettuato in concreto, caso per caso, tenendo conto delle caratteristiche del disturbo e dell'esperienza soggettiva del singolo nei confronti del particolare delitto commesso.

Per la configurabilità della diminuzione non è sufficiente l'accertata presenza dell'infermità psichica o fisica, ma occorre che essa sia tale da ridurre notevolmente, pur senza escluderla del tutto, la capacità di intendere e di volere del soggetto, come specifica anche l'art. 89 c.p. che usa l'avverbio "grandemente"¹²³.

Circa la natura dell'infermità si rimanda a quanto già esposto in tema di vizio totale di mente, anche con riferimento all'evoluzione subita dai vari concetti coinvolti.

Il concetto di vizio parziale rimane, comunque, elastico e controvertibile, considerata la difficoltà di segnarne i confini con la totale incapacità di intendere e di volere da un lato e con le condizioni di anomalia compatibili con uno stato di sostanziale normalità dall'altro; malleabilità del concetto che implica, però, anche il rischio che il vizio parziale di mente venga invocato dagli imputati in modo strumentale, al fine di beneficiare cioè di un trattamento penale più mite¹²⁴.

¹²³ Cass. pen., sez. III, 16 marzo 1982, Petragliano, in *Giust. pen.*, 1983, II, 41; Cass. pen., sez. I, 7 luglio 1986, Costa, in *Giust. pen.*, 1987, II, 460.

¹²⁴ L'istituto *de quo* è oggetto di valutazioni politico-criminali contrastanti. Fino ad un recente passato prevalevano le posizioni critiche tendenti a mettere in evidenza il carattere artificioso della figura di infermità parziale posto che un soggetto sarebbe da considerare o sano od infermo e nello stesso tempo per metà normale e per metà malato. Psichiatri e giuristi, infatti, lo consideravano una mera finzione giuridica sul rilievo per cui clinicamente un soggetto o è sano o è infermo, *tertium non datur*. Vi è chi ha affermato che "il vizio parziale di mente è ascientifico perché se le funzioni intellettive o volitive sono compromesse grandemente non si vede come la piccola quota residua di capacità possa governare la condotta dell'autore che in questo caso è imputabile ma condannato a pena ridotta. Ed è anche vero che spesso il ricorso al vizio parziale di mente è una soluzione più o meno comoda per uscire dalle incertezze" così Introna F., *Se e come siano da modificare*, cit., 721. Vi è anche chi ha sottolineato che la sola diminuzione di pena non possa essere ritenuta coerente con le esigenze terapeutiche del condannato, Collica M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 905.

Recentemente, invece, si assiste ad un tentativo di rivalutazione della semi-infermità sul presupposto che la via di mezzo della non imputabilità ridotta costituirebbe una modalità per non

Da precisare che il vizio parziale di mente va distinto dalla c.d. *incapacità settoriale*: il primo interessa la mente nel suo complesso, anche se con minore infermità rispetto al vizio totale, la seconda è un'anomalia che incide su di un settore circoscritto della mente.

L'incapacità di intendere e di volere settoriale può, infatti, promanare da un'anomalia grave, ma in sé circoscritta e fondare un giudizio di totale imputabilità del soggetto per il fatto commesso *"mentre una compromissione psichica non estrema ma diffusa può indurre in concreto una capacità ridotta per la generalità dei fatti commessi"*¹²⁵.

Sul piano sanzionatorio, il vizio parziale comporta una diminuzione di pena; trattasi, pertanto, di circostanza attenuante inerente alla persona del colpevole ai sensi dell'art. 70 c.p. ed, in quanto tale, assoggettata al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*¹²⁶

La giurisprudenza ritiene che il vizio parziale sia compatibile con le attenuanti generiche, pur escludendosi che la seminfermità possa essere valutata due volte a favore dell'imputato e cioè alla stregua di circostanza generica ed altresì come attenuante specifica¹²⁷. Si è ritenuta, altresì ammessa la compatibilità con lo stato d'ira di cui all'art. 62, n. 2 e con la provocazione¹²⁸.

deresponsabilizzare penalmente il malato che ha compiuto il delitto. Si riconosce che esso *"ha un fondamento anche scientifico, esistendo soggetti che possiedono una capacità di intendere e volere, la quale per cause costituzionali, nevrosi malattie organiche ecc. non raggiunge il livello normale"*, Mantovani F., *Principi*, cit., 680.

¹²⁵ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 41 ss.

¹²⁶ Cass. pen., sez. III, 7 dicembre 1992, Trinca, in *Cass. pen.*, 1994, 2418.

¹²⁷ Crespi A., voce *Imputabilità*, cit., 776.

¹²⁸ Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1984, Monti, in *Giust. pen.*, 1985. II, 618. Infatti, anche il seminfermo può percepire l'ingiustizia dell'altrui comportamento e, mosso dall'ira, agire di conseguenza. Si veda anche Mantovani F., *Principi*, cit., 682. Diversamente, però, dovrà concludersi qualora lo stato d'ira sia l'effetto, più che di fatti provocatori, della stessa malattia mentale di cui il soggetto soffre.

In merito alle aggravanti, giurisprudenza ritiene che vi sia compatibilità con la circostanza dei motivi abietti e futili *ex art. 61, n. 1*¹²⁹, in quanto sul piano astratto i motivi abietti e futili non costituiscono una costante e diretta estrinsecazione dell'infermità per effetto della quale la capacità di intendere e di volere può risultare grandemente scemata, ma possono solo esserlo in concreto. Il giudizio di compatibilità, pertanto, deve essere svolto tramite un apprezzamento della situazione sottoposta di volta in volta al giudice di merito¹³⁰.

Analoghe considerazioni sono state svolte in merito all'aggravante delle sevizie e crudeltà¹³¹.

In merito al rapporto con la premeditazione, in un primo momento la dottrina si era espressa per l'incompatibilità dell'attenuante del vizio parziale di mente con tutte le circostanze aventi ad oggetto una maggiore intensità del dolo e della colpa e, quindi, anche con la premeditazione¹³².

In un secondo momento, la Corte di Cassazione, in una pronuncia a Sezioni Unite, ha stabilito che non sussiste astratta incompatibilità tra seminfermità e premeditazione. In concreto, però, la prima può escludere la seconda ove attraverso la disamina e la valutazione critica della perizia psichiatrica e di tutti gli elementi in suo possesso, il giudice accerti che la diminuita capacità di intendere e di volere dell'agente ha influito in modo determinante sul modo di essere del suo atteggiamento psicologico; in particolare, sotto il profilo della consapevole e voluta persistenza nel tempo

¹²⁹ Anche se in un primo momento la dottrina e la giurisprudenza dominanti avevano negato la compatibilità tra i due istituti; vedi Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1954, Marinelli.

¹³⁰ Cass. pen., sez. I, 1 dicembre 2004, C., in *CED Cass. 2005*; Cass. pen., sez. I, 27 giugno 1997, Rutigliano, in *Cass. pen.*, 1998, 2345.

¹³¹ Cass. pen., sez. I, 18 febbraio 1998, Varallo, in *Cass. pen.*, 1999, 1104; Cass. pen., sez. I, 9 maggio 1988, Ciancabilla, in *Cass. pen.*, 1989, 1752.

¹³² Contieri E., *Premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Foro pen.*, 1957, 1; De Marsico A., *Premeditazione e vizio totale di mente*, in *Arch. Pen.*, 1958, I, 405. In giurisprudenza si veda: Cass. pen., sez. I, 7 dicembre 1955, De Carlo; Cass. pen., sez. I, 20 febbraio 1956, Guardagnino.

della volontà criminosa e della capacità di comprendere il significato dei propri atti e di superare attraverso la revisione critica, le spinte criminogene.

Spinte che si identificano con i caratteri e l'essenza dell'infermità, debitamente accertati nel caso in cui la premeditazione sia originata da cause patologiche, come quando il motivo criminoso coincida con l'idea fissa ossessiva, considerato che in tal caso non possono sussistere, per motivi patologici, le contropinte morali ed etiche avversanti e bilancianti il proposito criminoso¹³³.

Più recentemente si è osservato che la premeditazione può risultare incompatibile con il vizio parziale di mente nella sola ipotesi in cui consista in una manifestazione dell'infermità psichica da cui è affetto l'imputato, nel senso che il proposito criminoso coincida con un'idea fissa ossessiva facente parte del quadro sintomatologico di quella determinata infermità¹³⁴.

La spiegazione della conciliabilità sta nel fatto che i due concetti operano su piani diversi: quello di seminfermità sul piano dell'imputabilità, cioè della capacità di intendere e di volere e quello della premeditazione sul piano del dolo, qualificato dalla persistenza e dalla intensità del progetto criminoso¹³⁵.

Se il soggetto seminfermo è giudicato socialmente pericoloso gli si applicherà inoltre la misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia.

¹³³ Cass. pen., Sez. Un., 23 febbraio 1957, Maggiore. Nello stesso senso si veda Cass. pen., sez. I, 20 giugno 1967, Zenato; Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1998, Ingaglio, in *Cass. pen.*, 2000, 614.

¹³⁴ Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 2009, C., in *Cass. pen.*, 2010, 2, 628.

¹³⁵ Cass. pen., sez. I, 25 giugno 1982, Iannaccone, in *Cass. pen.*, 1984, 69.

4.3. L'ubriachezza e l'uso di sostanze stupefacenti

I fenomeni dell'etilismo e dell'intossicazione da stupefacenti sono stati presi in considerazione dal legislatore in quanto spesso contribuiscono alla genesi del crimine.

In particolare, il codice Rocco, influenzato da un mito della salute pubblica, ha finito con l'accentuare le preoccupazioni preventivo-repressive suscitate dai due fenomeni: *"ne è conseguita una disciplina non solo particolarmente rigorosa e complessa, ma addirittura oggi più che dubbia sotto il profilo costituzionale, oltre che dal punto di vista delle premesse scientifiche accolte"*¹³⁶.

Il codice disciplina la materia in base alla causa che ha determinato lo stato di ubriachezza (o di intossicazione da stupefacenti).

4.3.1. Ubriachezza accidentale

"Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità di intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o forza maggiore.

Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, la pena è diminuita" (art. 91 c.p.).

L'unico caso in cui l'ubriachezza esclude l'imputabilità è qualora essa sia stata determinata da caso fortuito o forza maggiore. Questa ipotesi viene qualificata tradizionalmente come *"ubriachezza accidentale"* perché la perdita (totale o parziale) della capacità di autocontrollo è determinata o da un fattore del tutto imprevedibile che impedisce di muovere al soggetto qualsiasi

¹³⁶ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 337 ss.

rimprovero, ovvero da una forza esterna inevitabile cui non si può opporre alcuna resistenza¹³⁷.

Deve trattarsi, quindi, di ubriachezza accidentale, di ubriachezza c.d. incolpevole al fine di ricomprendervi così anche il caso dell'errore (non colposo) sulla qualità o gradazione alcolica della bevanda ingerita, nonché il caso dell'inganno o di costringimento altrui.

L'ubriachezza di cui alla norma in esame è un'alterazione transitoria e reversibile delle facoltà fisico-psichiche di un soggetto dovuta al consumo di alcool e che in tanto rileva in quanto abbia in concreto determinato una situazione conclusivamente identica a quella di cui agli artt. 85, 88 e 89 c.p., rispettivamente escludendo del tutto o scemando grandemente la capacità di intendere e di volere oppure la sola capacità di intendere o la sola capacità di volere.

La norma in esame menziona un'ubriachezza piena ed un'ubriachezza non piena, ma non enuncia dei tassi di alcolemia, essendo notoriamente l'effetto prodotto dal consumo di alcool condizionato da diverse variabili, oggettive e soggettive.

L'ubriachezza piena determina il proscioglimento per non imputabilità del soggetto che ha agito in tale stato mentre quella non piena, purché tale da scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, comporta una diminuzione di pena.

Nel caso di ubriachezza accidentale totale di un soggetto affetto da vizio totale di mente, parte della dottrina¹³⁸ ritiene che si debba applicare solo l'art. 88 c.p. e, quindi, la misura di sicurezza prevista per l'infermità di mente.

¹³⁷ Esempio di scuola è il caso dell'operaio di una distilleria che si ubriaca in un ambiente saturo di vapori alcolici a causa di un guasto degli impianti o simili oppure il soggetto che, per scherzo altrui, ingerisce una bevanda alcolica credendola analcolica o di chi assume inconsapevolmente un farmaco che accentua effetti di dosi di alcool altrimenti innocue.

¹³⁸ Crespi A., voce *Imputabilità*, cit., 774; Portigliatti Barbos M., Marini G., *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, 1964, 70.

Se, invece, trattasi di soggetto affetto da vizio parziale di mente troverà applicazione l'art. 91, 1° comma c.p.. Qualora, invece, si versi in caso di ubriachezza accidentale non piena, secondo alcuna dottrina¹³⁹, stante la sua compatibilità con l'art. 89, dovrà effettuarsi una duplice riduzione di pena, *ex* art. 91, 2° comma ed *ex* art. 89 c.p., oltre all'eventuale applicazione della misura di sicurezza; altra corrente di pensiero¹⁴⁰, invece, ritiene che trovi applicazione il solo art. 89 c.p. e, quindi, una sola riduzione di pena, cui dovrà aggiungersi la misura di sicurezza, altrimenti inapplicabile alla stregua dell'art. 91 c.p.

La medesima disciplina vale per l'intossicazione accidentale da stupefacenti¹⁴¹.

4.3.2. Ubriachezza volontaria o colposa

“L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce la imputabilità” (art. 92, 1° comma c.p.).

La norma *de qua* prevede una rigorosa disciplina che ha dato luogo a non poche discussioni, a partire dal profilo attinente al titolo di attribuzione della responsabilità.

La *ratio* è chiara: chi si è ubriacato volontariamente non può essere scusato e, nel momento in cui pone in essere un fatto di reato, deve risponderne come se fosse stato pienamente capace di intendere e di volere.

Ma evidente è la contraddizione: l'ubriaco, al momento della commissione del fatto di reato, non è soggetto capace di intendere e di volere. Il problema, quindi, sta nel giustificare la responsabilità dell'agente a titolo di

¹³⁹ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 56.

¹⁴⁰ Crespi A., voce *Imputabilità*, cit., 779; Portigliatti Barbos M., Marini G., *La capacità*, cit., 71.

¹⁴¹ Art. 93 c.p.: *“Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti”*.

dolo o di colpa, agente che delinque in stato di incapacità di intendere e di volere.

Sono state elaborate tre teorie a fondamento della punibilità dell'ubriaco colpevole di un fatto di reato:

1. Dottrina meno recente ritiene si debba accertare l'elemento psicologico del reato risalendo al momento in cui l'ubriaco si mise in condizione di ebbrietà (riproponendo fondamentalmente lo stesso schema dell'*actio libera in causa*). Il reato sarebbe, quindi, doloso o colposo a seconda che l'agente, prima di commetterlo si fosse ubriacato volontariamente o meno¹⁴².

Ma questa teoria finisce con il confondere lo stato psicologico che provoca la condizione di ubriachezza con quello che accompagna la successiva commissione dello specifico reato; il rischio che ne consegue è quello di punire come colposi delitti commessi volontariamente e viceversa di punire come dolosi delitti involontari che seguono ad uno stato di ubriachezza volontaria¹⁴³.

¹⁴² Ad esempio se Caio, ad una cena, non riesce a controllarsi nel bere e finisce con il perdere l'autocontrollo ove provochi poco più tardi la morte di una persona, risponderà di omicidio colposo: sia che l'evento sia conseguenza di un involontario incidente stradale dovuto ad eccesso di velocità, sia che esso derivi da una decisione volontaria influenzata proprio dallo stato di ubriachezza (non riuscendo a controllare lo scatto d'ira uccide il commensale che per scherzo lo deride).

¹⁴³ Questa teoria riprende il modello di soluzione accolto e riproposto dalla Corte Costituzionale nella sentenza 26 febbraio 1970, n. 33, in *Quale Giustizia*, 1970, 86, con la quale è stata respinta l'eccezione di illegittimità dell'art. 92, comma 1° c.p., sollevata dai giudici di merito in riferimento alla violazione dell'art. 27, 1° comma Cost. La Corte così motiva: "*la ragione della differente normativa tra ubriachezza derivata e ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore sta nell'intento del legislatore di prevenire e reprimere l'ubriachezza come male sociale e, soprattutto, come situazione che, in certi soggetti, può spingere al delitto. Il che basta per giustificare, sotto il profilo costituzionale, la norma impugnata: l'ubriaco, che abbia commesso un reato, risponde per una condotta antidoverosa, cioè per essersi posto volontariamente o colposamente in condizione di commetterlo. [...] Chi si ubriaca (per sua volontà o per sua colpa) e commette un reato risponde, in verità, di un proprio comportamento. Se, poi, si riguardasse lo stato di incapacità di intendere e di volere dell'ubriaco, per dedurne che, ex art. 27, primo comma, verrebbe meno l'imputabilità, sarebbe facile replicare ancora una volta, da un lato, che il genus colpevolezza (distinto nelle due species del dolo e della colpa in senso stretto) sussiste nel comportamento iniziale (che ha provocato l'ubriachezza); dall'altro, che il precetto costituzionale non esclude che sia responsabilità personale per fatto proprio quella di chi, incapace nel momento in cui commette il reato, non lo sia stato quando si è posto in condizione di commetterlo*". Si veda la nota a sentenza Amato G., *Gli ubriachi e la Corte Costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1970, 86.

2. Orientamento più recente ed in atto, dominante, propende per altra soluzione. Semplicemente il dolo e la colpa dell'ubriaco devono essere accertati con riferimento al momento nel quale il reato in questione viene commesso¹⁴⁴. Accogliendo questa interpretazione non si rischia di confondere, come invece nella prima teoria, gli stati psichici relativi allo stato di ubriachezza con quelli della commissione del reato.

Ciononostante, anche questa alternativa non sfugge ad un'obiezione difficilmente superabile: l'ubriaco agisce in condizioni psicologiche che non gli consentono di avere sufficiente capacità di discernimento e di autocontrollo. Non si può non evidenziare come il 1° comma dell'art. 92 c.p. introduca, così, una sorta di *"finzione di imputabilità"*.

Che senso ha distinguere dolo e colpa del comportamento di una persona che agisce, a causa dei sintomi e degli effetti dell'assunzione di bevande alcoliche, senza essere in grado di rendersi conto del significato dei suoi atti?

In altre parole, il dolo dell'ubriaco (come il dolo del soggetto inimputabile) equivale a mero impulso psicologico volontario, volontà cieca che non può essere considerata consapevole; analogamente la colpa dell'ubriaco si ridurrà a mera violazione di una misura oggettiva del dovere di diligenza. Inevitabile conseguenza, la sopraindicata *"finzione di imputabilità"* si traduce in una *"finzione di elemento soggettivo"* ovvero in un'ipotesi di responsabilità oggettiva occulta o mascherata¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Anche la giurisprudenza si attesta su questa interpretazione: *"nel caso di reato commesso in stato di ubriachezza non accidentale né preordinata, è decisivo, ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'ubriaco, l'atteggiamento psichico, sia pure abnorme, nel momento in cui il fatto si è verificato e quindi il reo risponde a titolo di dolo o di colpa: trattandosi di delitto doloso, la responsabilità del soggetto deve essere esclusa soltanto se risulti che, in concreto, il fatto è stato commesso per colpa o comunque non è stato voluto"* Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 1985, Speranza, in Cass. pen., 1986, 1547; conf. Cass. pen., sez. I, 30 aprile 1990, Picchedda, in Cass. pen., 1991, I, 1982.

¹⁴⁵ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 340; Bricola F., *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 co. 1 c.p.*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1961, 486; Manna A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 22.

3. Ultima teoria¹⁴⁶, formulata con l'intento di rendere la disposizione normativa più compatibile con i principi costituzionali della responsabilità penale, afferma che l'art. 92, 1° comma c.p. si limita ad affermare che l'ubriachezza lascia sussistere la piena imputabilità, senza dire che tale imputabilità implichi automaticamente la colpevolezza per il reato commesso. L'interprete, quindi, deve fare sì riferimento al momento in cui il soggetto si ubriaca, ma con un'ulteriore specificazione: l'agente risponderà a titolo di dolo (eventuale) se si è ubriacato nonostante le previsioni della commissione del reato ed accettandone il rischio ed a titolo di colpa, se il reato, al momento dell'assunzione di bevande alcoliche, fu da lui previsto, ma non accettato o, comunque, prevedibile ed evitabile come conseguenza della ubriachezza (sempre se trattasi di reato previsto dalla legge come reato colposo).

Come facilmente prevedibile, neppure questa teoria si sottrae ad obiezioni. Il problema sussiste nella concreta possibilità di accertare in giudizio un dolo eventuale od una colpa rispetto alla futura commissione di fatti criminosi che potrebbero anche essere lontani e determinati da circostanze imponderabili che sfuggono del tutto al potere di previsione e controllo di chi sta per ubriacarsi¹⁴⁷.

Come è di facile intuizione tutte le varie ipotesi ricostruttive proposte si espongono a obiezioni difficilmente superabili, obiezioni che inevitabilmente auspicano una riforma della disciplina vigente al fine di renderla più compatibile con il principio di colpevolezza¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Mantovani F., *Principi*, cit., 687.

¹⁴⁷ Potrebbe un giudice ragionevolmente sostenere che Caio "poteva prevedere", nel momento in cui eccedeva nel bere, che uscendo dal locale, in un qualsiasi momento, avrebbe preso a pugni un passante che lo derideva?

¹⁴⁸ In tal senso si veda Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 63 ss.; Fiore S., *Prospettive dommatiche e fondamento politico-criminale della responsabilità ex art. 92, comma 1°, c.p.* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 139.

La medesima disciplina vale per l'intossicazione da stupefacenti.

4.3.3. Ubriachezza preordinata

“Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata” (art. 92, 2° comma c.p.).

Quanto previsto dalla disposizione qui in commento non è altro che un'esemplificazione del principio di cui all'art. 87 c.p. *“actio libera in causa”*. Primo rilievo necessario è che tale principio deroga alla regola della coincidenza temporale tra imputabilità e commissione del fatto criminoso, senza, però, disattendere la sostanza del principio di colpevolezza.

Palese la distinzione tra questa ipotesi e quella prevista dal primo comma del medesimo articolo 92: al primo comma, il soggetto si ubriaca e successivamente commette un reato, non programmato in anticipo (al momento del porsi in stato di ubriachezza) mentre nel capoverso il soggetto si ubriaca proprio allo scopo di commettere un reato perché lo stato psico-fisico causato dall'assunzione di alcool facilita la commissione di un delitto che lo stesso agente non sarebbe capace di commettere (o commetterebbe con maggiore difficoltà) in condizioni di normalità.

Fatte le dovute premesse, è doveroso fare un approfondimento in merito alla già menzionata c.d. *actio libera in causa* di cui all'art. 87 c.p. *“Stato preordinato d'incapacità di intendere o di volere. La disposizione della prima parte dell'articolo 85 non si applica a chi è stato messo in stato d'incapacità di intendere e di volere al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa”*¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Esempio tipico è quello di colui il quale, incapace di commettere un rapina, assuma una sostanza psicotropa per allentare i freni inibitori.

Doveroso fare un cenno a quanto disposto dall'art. 86 c.p. *“Determinazione in altri dello stato d'incapacità allo scopo di far commettere un reato. Se taluno mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa*

Trattasi di un principio “escogitato dalla teologia morale con specifico riferimento alle condotte peccaminose poste in essere senza libera volontà al momento della loro realizzazione, ma pur sempre riconducibili ad un precedente atto di volontà dello stesso soggetto”¹⁵⁰; trattasi di ipotesi in cui si può affermare che l’azione è libera in causa perché l’agente aveva il potere di porsi o di non porsi in condizioni di incapacità¹⁵¹.

Come affermato in apertura del sottoparagrafo, balza subito all’attenzione dell’interprete come questa disposizione deroghi alla regola generale ex art. 85 c.p. della necessaria corrispondenza temporale tra imputabilità e commissione del fatto: il soggetto che preordinatamente si è reso incapace, infatti, nel momento in cui compie il reato ha perduto il pieno autocontrollo dei propri atti.

È doveroso, quindi, fornire una spiegazione valida per giustificare la punizione che toccherà al soggetto agente.

Come sempre accade, la dottrina ha elaborato diverse teorie; una di esse ritiene che l’attività esecutiva del reato posto in essere dall’incapace inizia già nel momento in cui egli si pone volontariamente in condizioni di incapacità¹⁵². Obiezione sollevata è che, facendo leva sull’anticipazione dell’azione tipica, si crea un eccessivo ampliamento del concetto di esecuzione del reato fino a farvi rientrare quella che in realtà è soltanto una condotta precedente.

Altra concezione, in modo più semplicistico, rinvia al principio del nesso causale, per cui *causa causae est causa causati*. Il soggetto che determina una

incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità”. Trattasi di norma che troverebbe miglior collocazione in ambito di concorso di persone, inserita, invece sul terreno dell’imputabilità in quanto concepita in stretta unione con quella del successivo art. 87 c.p. con la quale ha in comune (oltre alla finalità della commissione di un reato che contrassegna il dolo di chi procura l’incapacità) anche e, soprattutto, l’affermazione della responsabilità per un fatto che pur viene commesso (ancorché da un soggetto diverso nei due casi) in stato di incapacità di intendere e di volere.

¹⁵⁰ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 344.

¹⁵¹ Si vedano Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 23; Leone M., *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, in *Ind. Pen.*, 1972, 20.

¹⁵² Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, cit., 617; Gallo M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 133.

situazione da cui deriva un evento lesivo, deve risponderne, indipendentemente che esso sia voluto e preveduto. Palese, però, il netto contrasto con il principio di colpevolezza.

In realtà, la soluzione maggiormente accreditata riscopre il suo fondamento proprio all'interno del principio di colpevolezza: al soggetto agente può essere mosso un rimprovero proprio perché essendosi liberamente posto in una condizione di incapacità, gli è stato possibile (o comunque più agevole) commettere il reato programmato.

Elemento fondamentale che deve trovare riscontro, però, è la corrispondenza tra quanto voluto nel momento in cui l'agente si è procurato l'incapacità ed il fatto concretamente posto in essere: ai fini della punibilità, occorre che il reato verificatosi sia dello stesso tipo di quello inizialmente programmato¹⁵³. Deve sussistere, pertanto, una omogeneità tra quanto programmato e quanto realizzato. In caso contrario, infatti, verrebbe meno il legame tra fatto e colpevolezza¹⁵⁴.

Da notare come il maggior rigore del trattamento dell'ubriachezza in funzione di prevenzione del fenomeno sociale dell'alcolismo (secondo il disegno di politica criminale del legislatore del '30) si esprime qui nella previsione di un aumento di pena, assumendo così le vesti di circostanza aggravante.

La medesima disciplina vale per l'intossicazione da stupefacenti.

¹⁵³ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 345; Mantovani F., *Principi*, cit., 650; Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 26.

¹⁵⁴ L'esempio è di colui che ingerisce una sostanza stupefacente per uccidere la moglie infedele e, dopo averla fatta salire in auto per condurla nel luogo di esecuzione, cagiona, per eccesso di velocità, un incidente in cui la donna perde la vita.

4.3.4. Ubriachezza abituale

“Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata.

Agli effetti della legge penale, è considerato ubriaco abituale chi è dedito all’uso di bevande alcoliche e in stato frequente di ubriachezza.

L’aggravamento di pena stabilita nella prima parte di questo articolo si applica anche quando il reato è commesso sotto l’azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all’uso di tali sostanze” (art. 94 c.p.).

Il carattere dell’abitualità è determinato dal ricorrere di due presupposti: la dedizione all’uso eccessivo di bevande alcoliche ed il frequente stato di ubriachezza. I due elementi sono concepiti cumulativamente e da accertare in linea di fatto dal giudice di merito; essi denotano una consuetudine di vita ed escludono, pertanto, la rilevanza sia di episodi singoli e isolati, sia di episodi periodici che abbiano a verificarsi ad una certa distanza gli uni dagli altri.

Il ricorrere di questa fattispecie comporta un aumento di pena, nonché la possibilità di applicare la misura di sicurezza della casa di cura e di custodia ovvero della libertà vigilata (art. 221 c.p.).

Numerose le critiche che la dottrina ha mosso alla disposizione *de qua* ritenendo discutibile la motivazione politico-criminale alla base di un trattamento sanzionatorio così rigoroso.

Appare, infatti, discutibile *“la concezione contraddittoria dell’ubriaco abituale in parte come vizioso che deve rispondere per la stessa condotta di vita (c.d. colpevolezza per la condotta di vita), e in parte come un soggetto bisognoso di trattamento riabilitativo. È pertanto auspicabile che la disciplina prevista dall’attuale art. 94 venga abolita dal futuro legislatore”*¹⁵⁵.

¹⁵⁵ Così Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 341. Analogamente anche Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 70: *“tenuto conto qui, in particolare, delle talvolta non lievi difficoltà pratiche della demarcazione tra ubriachezza abituale e intossicazione cronica da alcool e del bisogno di cura dell’ubriaco abituale, l’opzione legislativa attuale è fortemente criticabile”*.

4.3.5. Cronica intossicazione da alcool o stupefacenti

“Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89” (art. 95 c.p.)

Il legislatore ha ritenuto, sempre nell’ottica general-preventiva di arginare il duplice vizio dell’alcoolismo e della tossicomania, che sia l’uno che l’altra possano arrivare ad escludere, o far scemare grandemente, la capacità di intendere e di volere, soltanto nel caso di cronica intossicazione¹⁵⁶.

La cronica intossicazione da alcool può essere definita quella che, per il suo carattere ineliminabile e per l’impossibilità di guarigione, provoca alterazioni patologiche permanenti, tali da far apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte ad una vera e propria malattia psichica¹⁵⁷.

Quando l’ubriachezza degenera in alcoolismo, si prendono in considerazione le manifestazioni cliniche di quest’ultimo, le quali, in termini più o meno conclamati, sono date da segni somatici, neurologici e soprattutto mentali o psicopatologici.

Si può ritenere che l’ubriachezza abituale consista nella dedizione del soggetto all’uso di bevande alcoliche e nello stato frequente di ubriachezza, elementi, che, pur denotando una consuetudine di vita, non escludono la valenza transeunte dei fenomeni tossici, assenti negli intervalli di astinenza

¹⁵⁶ *“La situazione di tossicodipendenza che influisce sulla capacità di intendere e volere è solo quella che, per il suo carattere ineliminabile e per l’impossibilità di guarigione, provoca alterazioni patologiche permanenti, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un’azione strettamente collegata all’assunzione di sostanze stupefacenti, tali da fare apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte a una vera e propria malattia psichica”* Cass. pen., sez. III, 2007, A., in Cass. pen., 2008, 3, 1055; Cass. pen., sez. I, 9 marzo 1994, Bussi, in Cass. pen., 1995, 928; Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1992, Milani, in Cass. pen., 1993, 1431; in dottrina si veda Striani P., *Legislazione e alcoolismo*, in *Giust. pen.*, 1981, I, 279; Bruno P., voce *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Enc. Dir.*, XI, 1962, 432 ss.

¹⁵⁷ Si pensi al *delirium tremens*, alla psicosi alcoolica di Korsakoff, alla paranoia alcoolica.

durante i quali il soggetto recupera la pienezza delle capacità intellettive e volitive.

L'intossicazione cronica, invece, si concretizza in un vero e proprio stato patologico: è un'alterazione e degenerazione fisica e psichica permanente che sussiste anche a seguito dell'eliminazione della sostanza alcolica. In tali casi, quindi, il soggetto può essere considerato un malato di mente e, pertanto, assoggettabile alla disciplina di cui agli artt. 88 e 89 c.p.

Nella realtà dei fatti, però, spesso vi sono grosse difficoltà nell'operare una distinzione netta e precisa tra vera e propria intossicazione dall'ubriachezza abituale, considerata la somiglianza delle manifestazioni tipiche dell'uno e dell'altro stato sintomatologico¹⁵⁸. Proprio per far fronte a tale difficoltà si è proposto un criterio alternativo a quello della permanenza: mentre l'ubriachezza abituale causa una mera dipendenza psichica, l'intossicazione cronica è idonea a cagionare una dipendenza tanto fisica quanto psichica e la scomparsa, quindi, della libertà individuale¹⁵⁹.

Criticabile, inoltre, anche l'equiparazione legislativa tra cronica intossicazione da alcool e cronica intossicazione da sostanze stupefacenti: si ritiene, infatti, che il problema dell'imputabilità del tossicodipendente presenti delle caratteristiche del tutto peculiari considerato che la capacità di intendere e soprattutto quella di volere del tossicodipendente è già gravemente compromessa nella situazione di dipendenza psico-fisica da sostanza stupefacente contrassegnata dall'insorgere della c.d. sindrome di astinenza.

¹⁵⁸ La diagnosi differenziale tra ubriachezza abituale e cronica intossicazione, pur problematica nella realtà, da un punto di vista concettuale è chiara: nell'ubriachezza abituale o nell'uso abituale di stupefacenti vi è ancora, dopo ogni episodio di intossicazione acuta, completa *restitutio in integrum* del soggetto, elemento che manca, invece, nell'intossicazione cronica, caratterizzata da alterazioni psichiche permanenti. Così Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 72.

¹⁵⁹ Giusti G., Sica D., *Gli stupefacenti e le tossicomanie*, Padova, 1979.

4.4. Il sordomutismo

“Non è imputabile il sordomuto che, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità di intendere o di volere.

Se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita” (art. 96 c.p.).

La norma in oggetto prevede che quando il sordomuto commette un fatto previsto dalla legge come reato il giudice dovrà valutare, caso per caso, se al momento del fatto egli fosse o meno capace di intendere e di volere. Il sordomuto si trova, pertanto, quanto all'imputabilità, nella stessa posizione giuridico-penale del minore tra i quattordici ed i diciotto anni.

La giurisprudenza, un po' risalente, così si è espressa: *“l'imputabilità del sordomuto può essere affermata (come per i minori tra i quattordici ed i diciotto anni) solo in base all'accertamento concreto della capacità di intendere e di volere, poiché l'art. 96 c.p. pone il sordomutismo tra le infermità che, come tali, ostacolano lo sviluppo psichico del soggetto (e ciò, indipendentemente da qualunque distinzione tra sordomutismo congenito e sordomutismo sopravvenuto), in altri termini, la legge non stabilisce per i sordomuti né una presunzione di capacità né una presunzione di incapacità, e non adotta neppure il criterio dell'attenuazione della imputabilità in ogni caso, ma fa dipendere il giudizio sulla imputabilità da un esame concreto che il giudice deve compiere caso per caso (e che, peraltro, non richiede sempre una perizia”)*¹⁶⁰.

La norma, a differenza della moderna medicina legale, non fa differenze tra sordomutismo congenito (cioè presente sin dalla nascita o comunque manifestatosi in una fase antecedente all'apprendimento del linguaggio) o acquisito (manifestatosi, invece, in una fase successiva all'acquisizione di un adeguato patrimonio linguistico) e neppure tra sordomuto “istruito” e “non

¹⁶⁰ Cass. pen., sez. II, 1965, n. 099761.

istruito”, limitandosi ad indicare una situazione congiunta di sordità e mutismo¹⁶¹.

La *ratio* sottesa alla norma è che, soprattutto in riferimento al sordomutismo congenito, questo tipo di *deficit*, costituisca un reale ostacolo allo sviluppo psichico del soggetto: l’udito e la favella sono considerati indispensabili per lo sviluppo psichico del soggetto, sicché la loro mancanza ben può pregiudicare la capacità di autodeterminazione e, quindi, incidere sulla capacità di intendere e di volere.

Non rilevano sordità e mutismo disgiunti, non significativi ai fini della norma¹⁶².

Il sordomutismo potrà essere in concreto causa di un ritardo nello sviluppo mentale e, pertanto, di una indotta infermità psichica. Se all’esito dell’accertamento in ordine alla capacità di intendere e di volere il sordomuto viene reputato imputabile sarà trattato come un soggetto normale. Quando, invece, si perviene al proscioglimento del sordomuto in quanto totalmente incapace di intendere e di volere ai sensi dell’art. 85 c.p. si avrà un proscioglimento per vizio di mente (per infermità psichica) ed eventualmente ricoverato in un ospedale psichiatrico giudiziario ai sensi dell’art. 222 in caso di totale incapacità; sarà, invece, assoggettato ad una pena ridotta e, se del caso, ricoverato in casa di cura e di custodia ai sensi dell’art. 219 se reputato parzialmente capace di intendere e di volere.

¹⁶¹ La dottrina ritiene, però, concordemente che la norma faccia riferimento per lo più alle ipotesi di sordomutismo congenito. Cfr Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 73; Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 343; Mantovani F., *Principi*, cit., 675; Garofoli R., *Manuale*, cit., 826.

¹⁶² Si segnala, però, che ai sensi del primo comma dell’art. 1 della Legge 20 febbraio 2006, n. 95 “Nuova disciplina in favore dei minorati auditivi” si prevede che “*in tutte le disposizioni legislative vigenti, il termine sordomuto è sostituito con l’espressione sordo*”. Tale previsione non potrà mancare di incidere sull’interpretazione dell’art. 96 c.p. Se, infatti, in precedenza si concordava sul fatto che la norma trovasse applicazione solo in favore dei sordomuti (dunque, non di coloro che fossero solo sordi o solo muti), deve ritenersi che, alla luce di tale innovazione disciplinare, la norma possa trovare applicazione anche in favore di coloro che sono affetti da sola sordità.

Non si può non rilevare come tale disposizione appaia, ai giorni nostri, alquanto inopportuna. All'epoca dell'entrata in vigore del Codice Rocco sicuramente essa rappresentava un passo avanti rispetto ad una "etichettatura" del sordomuto come soggetto normalmente incapace di intendere e di volere tipica del Codice Zanardelli¹⁶³, ma oggi la norma finisce per segnalare *"una condizione di inferiorità di un'intera categoria di soggetti, ciò che può riverberarsi negativamente sul loro normale inserimento nella comunità sociale, annullando in parte i considerevoli progressi ottenuti attraverso gli studi delle cause del sordomutismo e l'adozione di tecniche moderne che consentono ampi margini di recupero funzionale. Auspicabile sembra pertanto in una futura riforma l'abrogazione della norma, tanto più che in un sistema come il nostro, incentrato sulla capacità di intendere e di volere necessaria per tutti al momento del fatto, essa si presenta radicalmente superflua"*¹⁶⁴.

4.5. La minore età

La minore età quale causa di esclusione dell'imputabilità è disciplinata dagli artt. 97 e 98 c.p. Analizziamo *in primis* la categoria del minore degli anni quattordici.

"Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni" (art. 97 c.p.). Categorico, quindi, il legislatore nell'introdurre una presunzione legale assoluta di inimputabilità precludendo in via generale e senza eccezioni la prova che, nonostante l'età, il minore avesse in realtà già raggiunto maturità intellettuale e volitiva.

¹⁶³ Nel Codice Zanardelli, infatti, si presumeva un'incapacità di intendere e di volere del sordomuto, salvo che quest'ultimo non risultasse aver agito con "discernimento" (art. 58).

¹⁶⁴ Così Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 74.

L'ordinamento, pertanto, si astiene da un qualsiasi giudizio di colpevolezza anche se bisogna sempre ricordare che il fatto del minore, pur non colpevole, resta tipico ed antigiuridico.

Il compimento dei quattordici anni si riferisce al momento del fatto (tempo in cui viene commessa l'azione o l'omissione). Nel caso in cui il raggiungimento di detta età avvenga nel periodo in cui si protrae un reato permanente o un reato continuato il giudice dovrà tener conto di quanto stabilito dall'art. 98 c.p.

In merito a questa scelta di politica-criminale, definita *"inevitabilmente arbitraria per la sua convenzionalità, pare ancora da approvare"*¹⁶⁵ poiché prima di questa età è eccezionalmente raro che il minore abbia acquisito quella capacità di riflessione e discernimento e di opzioni realizzative di volontà in cui consiste l'imputabilità alla stregua del sistema politico positivo¹⁶⁶.

Alla previsione di non assoggettabilità a pena si affianca quella, di cui agli artt. 222 e 224 c.p. che dispone l'applicabilità anche ai minori degli anni quattordici delle misure di sicurezza, sempre che, nel caso concreto, ne ricorrano i presupposti¹⁶⁷.

L'art. 98 c.p. stabilisce che è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto gli anni quattordici, ma non ancora i

¹⁶⁵ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 75.

¹⁶⁶ Interessante è notare come a livello europeo oltre a limiti talora più elevati, si è assistito anche all'introduzione di limiti inferiori. E' il caso dell'ordinamento francese (che prevede per i minori una legge *ad hoc*) che ha abbassato il limite per l'applicazione di pene (ancorché con attenuazione in ragione dell'età) ai tredici anni, prevedendo la pronuncia di sanzioni educative già per i minori da dieci anni in su.

¹⁶⁷ In particolare l'art. 222 c.p. prevede che venga disposto il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ove risulti che il minore, prosciolto per ragioni di età, abbia commesso il fatto in condizioni di infermità psichica o di intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti o di sordomutismo.

L'art. 224 c.p. dispone il ricovero in un riformatorio giudiziario e della libertà vigilata del minore che abbia commesso un delitto e sia stato giudicato pericoloso tenuto conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia. In realtà, dopo l'entrata in vigore del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (Approvazione delle disposizioni sul processo penale a carico di minori) la misura del ricovero in riformatorio giudiziario avviene nelle forme del collocamento in comunità e comunque ha carattere residuale poiché la misura di sicurezza ordinaria per i minorenni oggi è la libertà vigilata.

diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere. La pena è comunque diminuita.

In questa ipotesi la verifica dell'imputabilità deve essere effettuata dal giudice caso per caso. In particolare, se pur la norma *de qua* faccia un generico riferimento al concetto di cui all'art. 85 c.p., pacificamente si può affermare che la valutazione dovrà incentrarsi più propriamente sulla maturità psichica e fisica dell'adolescente perché trattasi di accertamento molto complesso volto a verificare se il minore abbia raggiunto un grado di maturità tale da consentirgli di rendersi conto del disvalore sociale del fatto delittuoso posto in essere.

Decisiva sarà, quindi, *"l'attitudine alla comprensione del mondo circostante e all'autodeterminazione secondo fini consapevolmente postisi dal soggetto"*¹⁶⁸, attitudine che non potrà non passare attraverso una verifica del processo di maturazione del minore, oltre che sotto il profilo biologico e spirituale, anche sotto quello affettivo e sociale.

In particolare, la verifica relativa all'elemento intellettuale dell'imputabilità dovrà avvenire in stretta correlazione al tipo di fatto commesso dato che il grado "normale" di interiorizzazione intellettuale e morale varia a seconda dei diversi valori di cui alle diverse tipologie di reati; mentre, la verifica relativa all'elemento volitivo dell'imputabilità deve considerare che, anche in presenza di una sufficiente maturità intellettuale e culturale del minore, sono più comuni che nell'adulto (proprio in ragione dell'età), dei *deficit* sul terreno della volontà e dell'autocontrollo¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 79.

¹⁶⁹ Romano M., Grasso G., specificano che proprio in virtù di queste considerazioni saranno da valutare con particolare attenzione gli stessi stati emotivi e passionali di cui all'art. 90 c.p., Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 80. Dello stesso parere Garofoli R., *Manuale di diritto penale*, cit., 815: *"la peculiarità del tipo di incapacità preso in considerazione dall'art. 98 c.p. induce a ritenere che la realizzazione di una fattispecie delittuosa in balia di uno stato emotivo o passionale possa costituire un significativo elemento indiziaro delle effettive condizioni psichiche del soggetto agente. Proprio il cedimento all'impulso a realizzare il reato, riconducibile a tali stati, può costituire la prova dell'insussistenza in capo al soggetto di quel grado di maturità che gli avrebbe consentito di fronteggiare i motivi esterni che ne condizionano l'azione"*.

Può dirsi, quindi, che l'incapacità di intendere e di volere del minore infradiciottenne ha carattere relativo¹⁷⁰ nel senso che va valutata con riferimento alla natura dell'illecito, al bene giuridico offeso e alla struttura della fattispecie criminosa, con la conseguenza che l'imputabilità di uno stesso soggetto può essere ritenuta esistente per alcuni reati ed esclusa per altri in considerazione della maggiore o minore avvertibilità del disvalore etico-sociale del reato.

Infatti, rispetto ad alcuni comportamenti può, cioè, risultare sufficiente un determinato sviluppo intellettuale, anche limitato, mentre per altri può necessitare un grado di capacità più elevato. Basti pensare ai reati contro la persona e la proprietà che richiedono un grado di capacità meno avanzato di quello necessario per avvertire il disvalore e l'illiceità rispetto ad altre fattispecie penalmente rilevanti la cui contrarietà alle esigenze della vita di relazione è meno evidente e richiede un grado di consapevolezza più evoluto.

*Invero, "rispetto a taluni reati quali quelli contro la persona e la proprietà, è sufficiente un grado di maturità meno evoluto rispetto a quello occorrente per rendersi conto del disvalore sociale e della illiceità sostanziale di altre condotte penalmente sanzionate, la cui contrarietà alle esigenze fondamentali della vita di relazione è meno evidente e richiede un grado di consapevolezza più evoluto"*¹⁷¹.

Il giudizio sulla immaturità del minore, infine, non può nemmeno prescindere dalla considerazione attenta dei tempi di commissione dei fatti lungo l'arco evolutivo della personalità del soggetto e perciò da un maggior rigore valutativo allorché essi si collochino nella fase finale dell'età evolutiva: *"se l'imputato è prossimo al diciassettesimo anno, è quindi in tempo ormai lontano dalla non imputabilità ex lege, ed ha commesso reati contro la persona, la cui natura è*

¹⁷⁰ Concorde anche la Suprema Corte: *"Invero, mentre l'incapacità di intendere e di volere derivante da causa psicopatologica ha carattere assoluto, nel senso che prescinde dalla natura e dal grado di disvalore sociale della condotta posta in essere, quella da immaturità ha carattere relativo, nel senso che la maturità psichica e mentale del minore è accertabile sulla base elementi non soltanto psichici, ma anche socio-pedagogici, relativi all'età evolutiva e, quindi, il relativo esame va compiuto con stretto riferimento al reato commesso"* Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1993, Fechino, in *Giust. pen.*, 1993, II, 569.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. I, 09 aprile 1980, Longobardi, in *Cass. pen.*, 1981, 1223.

facilmente percepibile, è sufficiente la mancanza di elementi relativi a tare suscettibili di influire sui processi volitivi ed intellettivi per ritenerne a affermarne la responsabilità”¹⁷².

Doveroso richiamo è da farsi al D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 sul processo minorile relativamente all'accertamento dell'imputabilità del minore ultraquattordicenne; in special modo l'art. 9 del D.P.R. citato stabilisce che *“il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali, e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità”* (comma 1°) aggiungendo poi che *“agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità”* (comma 2°).

La giurisprudenza ha precisato, però, che non necessariamente l'indagine debba necessariamente essere espletata su tutte le condizioni di cui all'art. 9 *cit.* qualora l'imputabilità sia dimostrata da altri elementi risultanti dagli atti processuali¹⁷³.

L'accertamento del giudice, quindi, potrà concludersi nel senso della presenza della capacità di intendere e di volere al momento del fatto oppure nella sua assenza.

¹⁷² Cass. pen., sez. I, 28 settembre 1989, Armicar, in *Cass. pen.*, 1991, I, 425. La Cassazione ha anche precisato che *“il compimento dei diciotto anni di età, ai fini del raggiungimento della piena imputabilità penale, va fissato secondo le regole stabilite dall'art. 14, 2° comma c.p. e dall'art. 172, 4° comma c.p.p. e, quindi trattandosi di termine da computarsi ad anni, allo scadere delle ore ventiquattro del giorno del diciottesimo compleanno del soggetto”* Cass. pen., sez. I, 07 gennaio 1999, A., in *Cass. pen.*, 2000, 889.

¹⁷³ Cass. pen., Sez. IV, 16 marzo 2005, J., in *CED Cass. pen. 2005* ed ancora : *“il giudice penale è tenuto ad accertare, di volta in volta con riferimento al singolo episodio criminoso, la capacità di intendere e di volere, che per tali soggetti si identifica con il concetto di maturità, ossia con lo sviluppo intellettuale e la forza di carattere, la capacità di intendere certi valori etici, l'attitudine a distinguere il bene dal male, il lecito dall'illecito, nonché a determinarsi nella scelta dell'uno o dell'altro. A tal fine non può prescindere da speciali ricerche sui precedenti personali e familiari del soggetto sotto l'aspetto fisico, psichico, morale ed ambientale, anche se non è sempre necessaria una specifica indagine tecnica, dato che bene il giudice può supplirvi con la diretta osservazione della personalità del minore e con lo studio del suo comportamento antecedente, contemporaneo e successivo al fatto, tenuto anche conto della natura dello stesso fatto-reato e della gestione della difesa attuata personalmente dal minore nel corso del processo”*, Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 1988, Marcioni, in *Cass. pen.*, 1989, 1468.

Nel primo caso, si applicherà una pena, ma diminuita proprio in virtù dell'età (oltre che talune agevolazioni in tema di pene accessorie) ed eventualmente, se si tratta di minore socialmente pericoloso, una misura di sicurezza.

Nel secondo caso, invece, non potrà essere inflitta alcuna pena, ma potrà trovare applicazione anche qui una misura di sicurezza.

Un'ultima precisazione va fatta in merito al rapporto tra minore età (infradiciottenne) ed infermità di mente: immaturità ed infermità, infatti, sono concetti ontologicamente distinti, ma tali da poter coesistere¹⁷⁴.

Infatti, anche per il minore degli anni diciotto possono presentarsi le condizioni tipiche del vizio totale o parziale di mente.

Se trattasi di vizio totale, troverà applicazione l'art. 88 c.p. ed il minore sarà da dichiararsi non imputabile in quanto colpito da una infermità mentale che esclude la capacità di intendere e di volere.

Qualora, invece, si tratti di vizio parziale¹⁷⁵, si dovrebbe procedere ad una distinzione:

- a. Se l'infermità ha ritardato il normale sviluppo (fisio)psichico impedendo al minore l'acquisizione di una maturità sufficiente per la capacità di intendere e di volere, si avrà inimputabilità alla stregua dell'art. 88 c.p.¹⁷⁶
- b. Se l'infermità, invece, è intervenuta in una condizione di (altrimenti) normale evoluzione psichica, il minore sarà da dichiarare imputabile ai sensi

¹⁷⁴ Cass. pen., sez. II, 02 febbraio 1989, Del Bono, in *Cass. pen.*, 1991, I, 62. "Immaturità" e "infermità mentale" possono coesistere o meno" in Cass. pen., sez. I, 01 giugno 1990, Petretic, in *Cass. pen.*, 1992, 307.

¹⁷⁵ "Il vizio parziale di mente è compatibile con la ritenuta maturità del minore" Cass. pen., sez. I, 21 marzo 1989, Leoncini, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1302.

¹⁷⁶ Romano M., Grasso G., *Commentario*, cit., 82; diversamente Garofoli R., *Manuale*, cit., 816 secondo il quale nell'ipotesi *de qua* si dovrebbe applicare l'art. 98 c.p.

dell'art. 98 c.p., ma nello stesso tempo seminfermo per l'art. 89 c.p., con la conseguenza di una duplice diminuzione di pena (circostanze attenuanti)¹⁷⁷.

4.6. Gli stati emotivi e passionali

“Gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità”
(art. 90 c.p.).

Questa disposizione precisa che i fattori che non attengono alla sfera intellettuale o volitiva del soggetto, ma a quella sentimentale od affettiva, data da (umori) emozioni (collera, gioia, paura, ansia, vergogna, e così via) e passioni (amore, odio, invidia, gelosia, e così via) sono completamente estranei al concetto di imputabilità.

Trattasi di norma che riflette innanzitutto l'assunto, dominante al momento dell'emanazione del codice, dell'equivalenza tra “infermità” escludente l'imputabilità e “malattia mentale” in senso stretto; ed in secondo luogo si spiega con la preoccupazione politico-criminale di evitare di dichiarare incapace di intendere e di volere ogni autore di delitto “impulsivo”. Dire che gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità

¹⁷⁷ Così Cass. pen., sez. I, 06 ottobre 1986, Vignali, in Cass. pen., 1988, 1179; *“La seminfermità mentale opera sul minore nello stesso modo e con gli stessi limiti con i quali incide sul maggiorenne, sicché al minore possono essere congiuntamente applicate le diminuzioni previste dagli artt. 89 e 98 c.p.”* Cass. pen., sez. I, 06 giugno 1986, Errico, in Cass. pen., 1988, 283. Ed ancora, a riassunto: *“Occorre distinguere il caso in cui la malattia di mente abbia inciso sul normale sviluppo del minore, sì da impedirgli di raggiungere quel minimo di evoluzione della coscienza e della volontà che costituisce il presupposto della imputabilità, dal caso in cui la infermità mentale sia caduta su un minore il cui quoziente di età psichica corrisponda al normale sviluppo della età cronologica: nella prima ipotesi la imputabilità è esclusa; nella seconda ipotesi, si deve accertare se la infermità abbia del tutto annullato la capacità di intendere e di volere, con conseguente mancanza di imputabilità, ovvero si sia limitata a scemarla grandemente, in che, in quest'ultimo caso, è del tutto legittimo il concorso delle due diminuenti previste dagli artt. 89 e 98 c.p.”* Cass. pen., sez. II, 1973, n. 124952.

equivale a dire che non influiscono per nulla sulla rimproverabilità del fatto al suo autore e, pertanto, sulla colpevolezza¹⁷⁸.

Autorevole dottrina¹⁷⁹ ritiene che, nonostante la perentorietà dell'affermazione contenuta nella norma, vi siano nel sistema delineato dal codice, condotte tenute in uno stato emotivo e passionale per le quali l'imputabilità è esclusa o diminuita.

Pacifico che il codice distingua in modo netto gli stati emotivi e passionali dal vizio di mente, ma ciò non preclude *tout court* la possibilità di un raccordo tra l'art. 90 c.p. e i due articoli precedenti.

Pertanto, gli stati emotivi e passionali non sarebbero di per sé una infermità, ma possono essere sintomi, manifestazioni, prodotti di uno stato patologico che, quale autentica infermità, rileverà, sempre postulando un suo effettivo riflesso sulla capacità di intendere e di volere al momento del fatto, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.

Con questa interpretazione, l'art. 90 c.p. può essere così interpretato: *“non escludono né diminuiscono l'imputabilità gli stati emotivi e passionali “in se e per sé considerati”, ovvero i meri stati emotivi e passionali non ricollegabili, come suoi effetti, o estrinsecazioni, ad una infermità che possa rilevare alla stregua delle disposizioni di cui ai due articoli precedenti”*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Romano M, Grasso G., *Commentario*, cit., 47 rileva come in realtà è il codice stesso a smentire questa rigidità normativa, riconoscendo a talune situazioni emozionalmente significative per l'agente un effetto di attenuazione (o di totale esclusione) delle conseguenze del reato, proprio anche sotto il profilo della colpevolezza. Si pensi alla provocazione che è circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, n. 2, c.p., ma che talvolta determina addirittura la non punibilità (art. 599, co. 2°, c.p.: entro certi limiti non punibili – causa scusante) oppure per la suggestione della folla in tumulto che è a sua volta circostanza attenuante comune per l'art. 62, n. 3, c.p.

¹⁷⁹ Romano M, Grasso G., *Commentario*, cit., 47.

¹⁸⁰ Romano M, Grasso G., *Commentario*, cit., 48 *“E infatti, mentre non sarebbe significativo sotto il profilo dell'imputabilità [...] un semplice “eccesso” di gelosia momentanea che abbia condotto ad un atto tragico esasperato, potrà invece rilevare -sempre che vi sia stata ripercussione al momento del fatto- una forma di gelosia ossessiva delirante che sia da tempo sfociata in una situazione psicopatologica grave, con conclamata compromissione delle facoltà di comprensione, di critica e di autocontrollo; e analogamente: non rileverebbe di per sé un episodico stato di panico determinato da un avvenimento improvviso, sì invece una grave forma di psicopatologia fobica che, con riferimento a tipi di*

Ciononostante, molte sono le critiche e le auspiccate prospettive di riforma¹⁸¹ richieste dalla dottrina rispetto all'interpretazione così rigorosa della norma, considerato che l'esperienza evidenzia come le passioni violente possono in alcuni casi menomare la capacità di autocontrollo dell'agente¹⁸².

Forte di ciò recentemente la valenza degli stati emotivi e passionali è stata rivalutata sul presupposto che il legislatore deve pretendere da parte di ciascuno una misura di controllo sulle spinte emozionali tale da inibire le pulsioni antisociali. La rilevanza scusante degli stati emotivi e passionali può, quindi, essere ammessa solo in presenza di due condizioni essenziali:

1. che lo stato di coinvolgimento emozionale si manifesti in una personalità per altro verso già debole;
2. che lo stato emotivo e passionale assuma, per particolari caratteristiche, significato e valore di infermità, sia pure transitoria (ad es. reazioni da panico, reazioni esplosive, reazioni a corto circuito, raptus, ecc.).

In tal senso la giurisprudenza di legittimità ha affermato che gli stati emotivi e passionali, per loro stessa natura, sono tali da incidere, in modo più o meno massiccio, sulla lucidità mentale del soggetto agente senza che ciò, tuttavia, per espressa disposizione di legge, possa escludere o diminuire l'imputabilità, occorrendo a tal fine *“un quid pluris che, associato allo stato emotivo e passionale, si traduca in un fattore determinante un vero e proprio stato patologico, sia pure di natura transeunte e non inquadrabile nell'ambito di una precisa classificazione nosografica”*.

comportamento quale quello in cui è consistito il delitto, abbia logorato grandemente la capacità di autodominio e di autodeterminazione del soggetto”.

¹⁸¹ *“In una futura riforma, pertanto, è opportuno pensare all'introduzione di una norma che attribuisca potenziale rilevanza anche a situazioni di profondo perturbamento della coscienza in genere, siano esse determinate da processi patologici oppure no, riguardino qualsiasi aspetto della coscienza, compresa la sfera emozionale-affettiva dell'agente”* così Romano M, Grasso G., *Commentario*, cit., 50.

¹⁸² Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, cit., 335; Bertolino M., *La crisi*, cit., 224; Bertolino M., *Profili vecchi e nuovi*, cit., 223.

L'esistenza o meno di detto fattore va accertata sulla base degli apporti della scienza psichiatrica la quale, tuttavia, nella vigenza dell'attuale quadro normativo e nella sua funzione di supporto alla decisione giudiziaria, non potrà mai spingersi al punto di attribuire carattere di "infermità", ad alterazioni transeunti della sfera psico-intellettiva e volitiva che costituiscano il naturale portato degli stati emotivi e passionali di cui si sia riconosciuta l'esistenza¹⁸³. Ed ancora: *"gli stati emotivi e passionali possono avere rilievo ai fini dell'imputabilità quando siano idonei a far insorgere, sia pure episodicamente, una compromissione della coscienza la quale, ancorché non definibile secondo precise categorie cliniche, assuma, per particolari caratteristiche, significato e valore di malattia"*¹⁸⁴.

¹⁸³ Cass. pen., sez. I, 05 dicembre 1997, Giordano, in *Cass. pen.*, 1999, 156.

¹⁸⁴ Cass. pen., sez. I, 18 novembre 1988, Calabria, in *Cass. pen.*, 1991, I, 748.

CAPITOLO II

LE NEUROSCIENZE

SOMMARIO: 1. Cosa sono le neuroscienze? 1.1. Le neuroscienze ed il vizio di mente 2. Neuroscienze e prova scientifica 2.1 La Cassazione ed i criteri della sentenza Daubert 3. Le neuroscienze mettono in crisi il concetto di imputabilità? 3.1. I progetti di riforma 3.2. Uno sguardo alle legislazioni straniere 3.2.1. Il metodo psicopatologico nell'ordinamento spagnolo riformato e le analogie con quello finlandese e greco. Il nuovo codice portoghese 3.2.2. Il metodo psicologico-normativo nei sistemi anglosassoni 3.2.4. Il metodo misto nel codice penale tedesco 3.3. Se e come modificare le norme in tema di imputabilità

1. Cosa sono le neuroscienze?

Il termine neuroscienze indica un gruppo di discipline scientifiche, tra loro eterogenee, che ha alla base un programma comune, rivolto allo studio del cervello umano, o meglio, diretto a comprendere come le aree cerebrali possano dimostrare i fenomeni mentali ed i comportamenti umani, tradizionalmente considerati inaccessibili all'indagine scientifico-dogmatica nell'ambito della dottrina penalistica e scientifico-peritale in tema di accertamento processuale.

Se il diritto e le neuroscienze, pur occupandosi dello stesso oggetto di indagine (che poi è il soggetto umano, i suoi moventi e la sua condotta) potessero continuare ad esercitare un magistero "parallelo", non vi sarebbe ragione di indagare ulteriormente la questione: *"alla scienza i fatti, al diritto i valori. Degli esseri umani si occupino le scienze, al diritto interessano le persone"*¹⁸⁵.

In realtà, non si può non rilevare come le moderne neuroscienze cognitive rappresentino l'espressione di una visione complessiva della natura umana che,

¹⁸⁵ Bianchi A., *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per conoscere meglio*, in Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, XI.

in quanto tale, è destinata ad investire fin dalle fondamenta l'architettura concettuale del sapere giuridico, costringendolo comunque ad un profondo ripensamento.

Il riferimento comune, dunque, è il cervello, la cui struttura e funzionamento vengono indagati con i metodi propri delle scienze naturali. *“Non più la comprensione dei rapporti tra cervello e mente, ma lo studio di come la mente emerga dal suo substrato biologico, il cervello appunto”*¹⁸⁶. Nonostante il persistere di un lessico che implicitamente suggerisce l'idea che la mente sia un oggetto, la maggior parte dei neuroscienziati ritiene acquisito che la mente sia un processo derivante dall'attività cerebrale.

La mente, in parole povere, è ciò che il cervello fa. Niente cervello, niente mente. Se il cervello è ferito, anche la mente deraglia.

Le neuroscienze studiano, quindi, il sistema nervoso, analizzano la comprensione del pensiero umano, le emozioni ed i comportamenti biologicamente correlati, attraverso cui si manifesta o non manifesta lo stesso, utilizzando strumenti altamente scientifici, atti ad esaminare molecole, cellule, reti nervose¹⁸⁷. Le tecnologie neuroscientifiche spiegano come funziona, si sviluppa e degenera il sistema nervoso. Gli studiosi del campo si chiedono cosa sia la mente, in che modo gli individui percepiscano le loro emozioni, quali siano le cause di disturbi neurologici e psichiatrici.

Molte ricerche empiriche hanno dimostrato come il paradigma ed i metodi neurologici siano in grado di apportare significativi contributi alla comprensione di comportamenti rilevanti in ambito giuridico, quali lo sviluppo della maturità del minore nel giudizio e l'effetto del polimorfismo genetico predisponente ai comportamenti violenti ed aggressivi.

¹⁸⁶ Bianchi A., *Neuroscienze e diritto*, cit., XIII.

¹⁸⁷ Si veda Santossuosso A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011; Santossuosso A., *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009.

Il compito di stabilire se i comportamenti umani, rilevanti da un punto di vista penale, possiedono o meno carattere di libertà e razionalità così come qualificati nella nozione di capacità di intendere e di volere spetta al giudice, ovviamente coadiuvato dal tecnico medico-legale e clinico che ne chiarisce gli aspetti che deviano dalla normalità; ed il giudice non potrà mai essere sostituito nella sua attività ermeneutica, ma aiutato sì, in questa sfida neuroscientifica.

La neuropsicologia classica, come scienza descrittiva, si situa alle origini delle moderne neuroscienze. Già fin dal XIX secolo, infatti, eminenti neuropsicologici (Broca, Wernicke, Lichtheim e così via) avevano cominciato a correlare il comportamento osservato con le lesioni cerebrali riscontrabili autopticamente *post-mortem*.

Ma è solo con l'avvento delle moderne tecniche di neuroimmagine, *in vivo*, che le neuroscienze moderne hanno compiuto un balzo avanti, potendo finalmente esplorare con accuratezza non solo i correlati neurali dei comportamenti patologici o devianti, ma lo stesso funzionamento cerebrale normale durante l'esecuzione di compiti controllati.

In quest'ultima fase del loro sviluppo, le neuroscienze hanno gradualmente assimilato i modelli messi a punto negli ultimi trent'anni, dalla psicologia e dalla neuropsicologia cognitiva, discipline che avevano a loro volta profondamente rinnovato lo studio dei fenomeni mentali, rispetto ai tradizionali paradigmi di derivazione comportamentista, fenomenologica e psicodinamica¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Il percorso logico comune a tutte le neuroscienze cognitive è grosso modo il seguente: risalire all'indietro dall'esperienza fenomenica e dal comportamento (tradizionali oggetti di indagine delle vecchie scienze della mente) verso componenti elementari misurabili, chiamati endofenotipi, e da questi ai rispettivi correlati neurobiologici (anatomici, fisiologici, biochimici, ecc.) ed infine ai determinanti genetici, esplorandone a fondo i meccanismi di funzionamento molecolare. Oltre che al cervello ed ai geni, molta importanza viene pure attribuita all'evoluzione, cioè ai processi regolatori che presiedono all'emergere e sopravvivere delle specie viventi.

Le neuroscienze non negano l'importanza dei fattori culturali, educativi ed ambientali che sono all'opera nel modellare e rendere unica la storia individuale di ciascuno. L'approccio neuroscientifico sottolinea che il ruolo dei fattori epigenetici è comunque vincolato dalla struttura biologica con cui interagisce. Non si può negare che importanti ricerche empiriche hanno dimostrato come il paradigma ed i metodi

Lo sviluppo delle neuroscienze è stato particolarmente intenso a partire dagli anni Novanta del secolo scorso ed intorno al 2002 si è sviluppata la consapevolezza della necessità di una organica riflessione etica sulle neuroscienze, con il diritto che di lì a poco ha seguito a ruota.

“Il rapporto tra neuroscienze e diritto sembra così essere passato, nel giro di pochi anni, dallo stato di accostamento esotico o controverso (innovativo soprattutto per la novità delle neuroscienze, una disciplina nuova e ancora un po’ misteriosa al grande pubblico) a quello di argomento di cui è gioco forza parlare, visto che investe concetti come quelli di libero arbitrio e di concezione monistica o dualistica dell’individuo, che inevitabilmente hanno a che fare con il mondo delle norme sociali che regolano sanzioni e responsabilità umane: il diritto, appunto”¹⁸⁹.

Una nuova generazione di tecnologie conosciute con il nome di *Brain imaging* ha permesso di “vedere” il cervello in azione, di “vedere” come funziona la mente, di fare luce sulle radici biologiche dei comportamenti e delle scelte.

In pochi anni, tecniche come la Tomografia ad emissione di positroni (Pet) e la Risonanza magnetica funzionale (fMRI) hanno permesso di conoscere, in

neuroscientifici siano effettivamente in grado di apportare contributi alla comprensione dei comportamenti rilevanti in ambito giuridico.

¹⁸⁹ Santossuosso A., *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 13. L’Autore precisa, invero, che dopo un’attenta analisi della letteratura in materia si scopre che ogni autore definisce l’oggetto di indagine (o meglio, di interrelazione trattandosi di neuroscienze e diritto) in modo diverso e, soprattutto indica una diversa data di inizio; *“se infatti per George Annas il cervello umano è stato al centro del dibattito medico-legale a partire dalle fine degli anni Sessanta del Novecento, per Jeffrey Rosen il momento in cui le neuroscienze hanno cominciato a trasformare il sistema giuridico americano è stato l’inizio degli anni Novanta del Novecento, per altri autori come Laura Stephens Khosbin e Shahram Khosbin, sono stati alcuni casi giudiziari a partire dal 1981 ad avere messo in luce la difficoltà dei giudici nel decidere se le brain images possano essere ammesse come prove. Brent Garland e Paul W. Glimcher sostengono, infine (nel 2006) che sono le scoperte degli ultimi vent’anni che costituiranno una sfida per il sistema giuridico”*. La diversità di queste datazioni si spiega con i diversi eventi che ciascun autore individua come punto di partenza del rapporto neuroscienze e diritto che, a sua volta, è connesso con l’accezione ampia o ristretta di neuroscienze che si adotta. Un criterio utile per individuare oggettivamente un momento storico preciso è individuare il momento in cui le scoperte e le tecniche hanno acquistato una capacità conoscitiva tale da mettere in crisi le consolidate assunzioni del diritto in ordine alla libertà di determinazione, alla malattia mentale, e così via.

modo scientificamente oggettivo, cosa succede quando pensiamo, leggiamo, guardiamo, ricordiamo e così via.

Completate le mappe delle funzioni motorie e sensoriali, i ricercatori sono passati all'area deputata alle funzioni superiori (la corteccia prefrontale) dove risiedono, ad esempio, le capacità di esprimere giudizi, di prevedere le conseguenze e controllare gli impulsi. È palese l'interesse di questo nuovo sapere per tutti coloro (magistrati, avvocati, consulenti, ecc.) che collaborano nell'ambito della giustizia. In particolare, gli psicologi forensi devono accettare il dato di fatto che un sapere fino ad ora considerato appannaggio delle scienze dell'uomo è passato in altre mani e ha assunto una dimensione che fino a qualche anno fa poteva sembrare fantascientifica¹⁹⁰.

Il paradigma su cui si fonda la responsabilità penale è dato dalla verifica del libero arbitrio, della colpevolezza ed imputabilità del soggetto agente, sempre che egli abbia agito con coscienza e volontà.

Se il soggetto è libero, può agire; se agisce, ci saranno delle conseguenze, di cui avrà consapevolezza, di cui sarà responsabile. L'incapacità di intendere e di volere rappresenta un motivo rilevante per escludere o ridurre la pena. Ma se il soggetto non era libero nel suo agire o nel suo omettere di agire, è responsabile da un punto di vista morale prima, penale a seguire?

Proprio su questo punto si inseriscono le neuroscienze, le quali possono aiutare la dottrina e la giurisprudenza a capire quando l'individuo sia

¹⁹⁰ De Cataldo Neuburger L., *Neuroscienze e diritto penale. La scienza come, quando e perché*, in *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di A. Santossuosso, Pavia, 2009, 146 ss. Interessante è sapere come pochi anni fa, un *team* di Princeton ha inaugurato le indagini sulle basi neuronali delle scelte morali. In questi ultimi tempi all'Università di Pennsylvania hanno scoperto che mentire fa aumentare l'attività della corteccia prefrontale destra. Ad Harvard si è scoperto che il cervello si comporta diversamente se si dice una bugia inventata al momento o pianificata con cura. Le ricerche sullo sviluppo del percorso mnestico hanno messo a disposizione degli studiosi dati della massima importanza per la comprensione dei fenomeni che concorrono a formare la testimonianza nelle diverse fasce di età, e quindi, dell'individuazione delle tecniche più idonee a raccoglierla. Gli studi e le ricerche condotte in questo settore aprono, di giorno in giorno, insospettiti orizzonti sulla struttura di importanti fenomeni psicologici, come l'amnesia infantile e il falso ricordo, offrono nuovi criteri per la diagnosi e la valutazione di questioni che attengono ai processi mnestici (di percezione, acquisizione, elaborazione, riproduzione, amnesia).

veramente libero e responsabile delle proprie azioni o piuttosto determinato nel suo agire.

L'esperto chiamato a valutare il vizio di mente deve pronunciarsi su quanto il libero arbitrio sia conservato o quanto eventualmente la malattia lo abbia ridotto in modo significativo.

Quali implicazioni possono avere in ambito forense le nuove conoscenze scientifiche sul cervello umano? Quali ausili offrono al perito psichiatra chiamato ad esprimersi sulla capacità di intendere e di volere e sulla pericolosità dell'imputato?

I neuroscienziati, in particolare, pongono la questione nei seguenti termini: se l'aggressività è riconducibile a precisi circuiti nervosi, è possibile che un'alterazione congenita, morfologica o funzionale degli stessi possa portare ad un comportamento abnorme che sfugga al controllo intenzionale dell'individuo, pur non essendo riconducibile a nessuna patologia accertata? È possibile parlare di libero arbitrio se la genetica molecolare ha individuato con certezza un certo allele, che aumenta in maniera significativa la spinta verso situazioni estreme, fuori dunque, dalla legalità?

La finalità, data dal rapporto multidisciplinare tra medicina, diritto ed etica, in quest'ottica è rivolta alla valutazione dell'imputabilità, al suo allargamento o restringimento, ai fini della determinazione in concreto del trattamento sanzionatorio, più idoneo a tutelare lo Stato, l'individuo e la collettività.

Si vuole, pertanto, indagare sulla capacità di intendere e di volere del soggetto che pone in essere una condotta attiva od omissiva da cui dipenda l'esistenza del reato.

In realtà, il ricorso a metodologie estranee al diritto penale costituisce da sempre parte integrante del giudizio di imputabilità operato dal giudice per l'accertamento della responsabilità in sede processuale. Stabilire se un soggetto è capace di intendere e di volere soggiace ad una valutazione integrata del

giudice, che applica la norma *ex art. 85 c.p.* e dell'esperto in materia, sia egli psichiatra, psicologo o neuroscienziato, che dimostri come l'infermità mentale alteri la capacità rappresentativa e volitiva del soggetto, autore della fattispecie criminosa. Giudice e scienziato, pertanto, lavorano assieme, l'uno per l'altro. Il primo definendo le regole della sua discrezionalità altrimenti detta libero convincimento; il secondo stabilendo, in primo luogo, lo stato mentale in cui versava il soggetto agente al momento della commissione del fatto e, a seguire, se esso possa aver influito in maniera determinante o, da ultimo, deterministica, sulle sue capacità di discernimento o controllo degli impulsi, poi materializzatisi in azioni od omissioni penalmente rilevanti.

Le tecniche scientifiche oggi disponibili consentono un'analisi approfondita del cervello umano e queste hanno reso possibile la formulazione di alcune ipotesi di connessione tra attività fisiche e attività mentali: in termini generali si può dire che se i processi mentali assumono rilievo ai fini giuridici, l'individuazione e l'accertamento del loro correlato neurale può essere un'efficace prova di essi.

All'interno della definizione in senso lato delle neuroscienze, ed in particolare di quelle che possono definirsi "neuroscienze giuridiche", si ricomprendono le più diverse ricerche neuroscientifiche aventi un'applicazione giuridica diretta od indiretta¹⁹¹. In realtà, non è facile distinguere all'interno della citata materia le diverse applicazioni e categorie che man mano con il progredire della scienza si manifestano.

Un primo esperimento di organizzazione delle diverse ricerche sembra potersi strutturare secondo tre categorie fondamentali¹⁹²:

¹⁹¹ Sammiceli L., Sartori G., *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., (a cura di), *Manuale*, cit., 15.

¹⁹² Sammiceli L., Sartori G., *Neuroscienze giuridiche: i diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., (a cura di), *Manuale*, cit., 17. Gli Autori precisano che trattasi di una partizione sommaria e nella quale ci sono fortissime aree di sovrapposizione (lo studio neuroscientifico del soggetto criminale coinvolge sia la ricerca genetica che le modalità di rappresentazione in giudizio; lo studio neuropsicologico dei "giudizi normativi" coinvolge, per stessa

- a. *Le neuroscienze forensi* (la prova neuroscientifica nel processo)
- b. *Le neuroscienze criminali* (lo studio neuroscientifico del soggetto criminale)
- c. *Le neuroscienze normative* (lo studio neuroscientifico del “senso di giustizia” e del ragionamento morale)

- a. Le neuroscienze forensi si occupano dei dati neuroscientifici rilevanti ai fini della valutazione giudiziaria: in altri termini, dell’idoneità delle teorie e delle metodologie della neuroscienza a costituire valida prova scientifica all’interno del processo. Il tema assume un valore culturale oltre che strettamente tecnico-giuridico: esso si inserisce all’interno del più vasto dibattito sul ruolo della scienza nei processi, dibattito che, per quanto riguarda le “scienze del comportamento”, assume valenze del tutto peculiari.

I rapporti tra diritto e psichiatria si sono storicamente caratterizzati da uno scambievole movimento di legittimazione: il diritto che cerca nelle scienze psichiatriche un fondamento di giustificazione razionale e queste ultime che trovano nel riconoscimento giuridico un momento di legittimazione come scienze “mature”. In questo senso le tematiche si ripropongono per le nuove teorie e metodologiche neuroscientifiche: i giudici tradiscono indubbiamente fiducia nella possibilità di avere strumenti che rendano la loro decisione razionalmente fondata e le nuove scienze vedono nell’utilizzo nei tribunali un momento di “certificazione” ufficiale.

- b. Le neuroscienze criminologiche rappresentano lo studio del fenomeno criminale attraverso le nuove metodologie delle neuroscienze. Queste ricerche possiedono un *focus* diverso, anche se sovrapponibile, rispetto alle precedenti neuroscienze forensi. L’obiettivo è quello di disegnare una geografia neuro-comportamentale del soggetto criminale; esse ricercano le

impostazione metodologica, sia soggetti normali –il normale senso di giustizia- che soggetti criminali – l’eventuale senso di giustizia patologico – ecc.): tuttavia resta l’importanza che una disciplina giovane (la psicologia giuridica appunto) sappia fare tesoro delle esperienze acquisite ed organizzare quindi l’apporto di conoscenza al mondo del diritto secondo una chiarezza sistematica che renda possibile e non equivoca l’interazione a tutti i livelli.

caratteristiche corporee (e dunque neurologiche) costanti e determinanti dell'agire criminale¹⁹³. Si consideri che nella misura in cui si pongono in relazione necessitante le "caratteristiche cerebrali" con modelli di comportamento antisociale, si riaprono implicitamente tutte le questioni relative al determinismo biologico della criminalità: "*it is not him, it is his disease*". Attribuire al *disease* la causa del crimine significa, come già sostenuto dalla Scuola Positiva, escludere il principio di responsabilità e la funzione retributiva della pena.

Il delinquente, vittima esso stesso della malattia che lo induce al delitto, va messo semplicemente nelle condizioni di non nuocere (la pericolosità sociale) ed eventualmente di essere curato. Per questi motivi le neuroscienze criminologiche appaiono culturalmente ambivalenti: se da un lato le moderne tecnologie sembrano aprire nuovi orizzonti di comprensione del fenomeno criminale, dall'altra le conseguenze che esse proiettano sul piano del diritto e della criminologia sono tutt'altro che inedite.

Alcuni parlano di "neo-lombrosismo": differenti sono le metodologie di individuazione delle stigmate del criminale (*neuroimaging* anziché la craniometria), ma sostanzialmente analoghe le conseguenze sul piano giuridico. Come conseguenza centrale di una criminologia biologicamente fondata ed implicitamente neuro-riduzionista, si ha la messa in crisi del libero arbitrio del soggetto criminale come fondamento dei sistemi retributivistici.

Vale la pena accennare che esiste una tradizione di ricerca che si potrebbe definire della "neuroscienza del libero arbitrio". Essa, infatti, indagando le

¹⁹³ Si cita l'esempio delle immagini funzionali nei soggetti antisociali ove sono state evidenziate chiaramente delle disfunzioni dei lobi temporali e frontali. Studi con la PET hanno mostrato l'esistenza di associazioni tra un ridotto metabolismo nella corteccia frontale e storie di comportamento ripetutamente violento, vite con storie di aggressione e di omicidio.

componenti neuropsicologiche più specifiche dell'agire deliberato, si pone su un piano ancora più a monte rispetto alle applicazioni dirette.

La neuroscienza del libero arbitrio procede all'analisi minuziosa dei rapporti tra intenzione, coscienza dell'azione e processi di controllo, sia nei soggetti normali (la fisiologia del libero arbitrio) che nei soggetti portatori di disturbi mentali (la patologia del libero arbitrio). Può così parlarsi di neuroscienze dell'azione imputabile. Indagine sulle caratteristiche neuropsicologiche della dinamica della libera autodeterminazione: avere una rappresentazione della normalità del "volere" permette di avere una base di riferimento per i confronti con la patologia nella quale ricondurre le ipotesi di "non imputabilità per assenza della capacità di volere".

- c. Le Neuroscienze normative¹⁹⁴ includono ricerche eterogenee accomunate dal ruolo "metagiuridico" che esse possono svolgere: non è sfuggito alla letteratura più attenta, infatti, che lo studio neuroscientifico dei giudizi normativi e della cognizione morale si inserisce direttamente nell'annoso dibattito tra "giusnaturalismo" e "giuspositivismo".

In questa macrocategoria delle neuroscienze della cognizione morale si possono così includere sia le ricerche più di carattere normativo che le ricerche relative alla neuropsicologia dei meccanismi attributivi e delle modalità con cui viene costruita la responsabilità individuale nell'interazione sociale. È evidente che l'indagine neuropsicologica sulle modalità con cui si viene a creare il fatto sociale presenta un'evidente

¹⁹⁴ Si tengano ben distinti i concetti di "neuroscienze normative" e "neuroscienze legislative". Le prime, infatti, si riferiscono allo studio, attraverso i metodi delle neuroscienze, del senso di giustizia in generale e dei meccanismi neuropsicologici attraverso i quali si struttura la costruzione spontanea di una norma giuridica e del rispetto verso quest'ultima, le seconde si riferiscono invece agli eventuali contributi dati dalle neuroscienze alla stessa genesi legislativa di una norma giuridica (si pensi all'eventualità, di cui sopra, di una eliminazione di sistemi retributivistici della pena in nome di una visione neuro-deterministica dell'agire criminale).

relazione con i domini giuridici. Tra queste, sicuramente le neuroscienze del ragionamento morale.

Gli attuali dati provenienti da studi effettuati con la fMRI supportano una teoria del giudizio morale secondo la quale nei compiti di giudizio morale si realizza una dinamica interattiva tra processi cognitivi e processi emozionali¹⁹⁵. Si può affermare che, al di là delle più immediate applicazioni forensi, la vera sfida intellettuale delle neuroscienze giuridiche sta proprio nel tentativo di confronto tra i modi di ragionare scientifico e le esigenze dell'agire pratico e, in un certo senso, spontaneo del diritto e della società.

Le implicazioni (etico-)giuridiche dell'applicazione di queste nuove tecnologie non possono prescindere da una breve e sintetica panoramica di quelle che sono le più importanti e recenti tecniche neuroscientifiche:

1. *Neuroimaging*

¹⁹⁵ Vengono utilizzati due tipi di giudizi morali: quelli che chiamano morali personali (guidati principalmente da risposte socio-emozionali) e quelli definiti morali impersonali (retti da processi cognitivi di carattere più neutro, in potenziale contrasto con quelli affettivi o emozionali). Questi diversi tipi di giudizio morale sono stati analizzati attraverso un disegno sperimentale in cui veniva chiesto ai soggetti di risolvere diverse situazioni problematiche. In particolare, sono stati proposti un dilemma morale impersonale (un treno fuori controllo procede verso cinque persone che saranno uccise se il treno non verrà deviato in qualche modo. L'unica maniera per salvare queste cinque persone è premere un interruttore che porterà il treno su un altro binario, dove però ucciderà una persona al posto di cinque. Devieresti il treno per salvare cinque persone alle spese di una soltanto?) e un dilemma morale personale (un treno minaccia di uccidere cinque persone investendole. Tu ti trovi vicino ad uno sconosciuto di grossa stazza su una passerella che attraversa i binari, a metà strada tra il treno in corsa e i cinque malcapitati. L'unico modo per salvarli è spingere giù di sotto dal ponte lo sconosciuto sui binari. Facendo in questo modo lui morirà, ma il suo corpo fermerà il treno e gli altri cinque sopravvivranno. Condanneresti a morte la sua vita per salvare quella degli altri cinque?). In tali ricerche si è potuto dimostrare che nel corso delle risoluzioni dei dilemmi morali personali nei soggetti sperimentali aumentava l'attività di quelle aree del cervello che sono solitamente associate con le emozioni e la cognizione sociale (corteccia prefrontale mediale, giro cingolato posteriore, amigdala). Mentre le aree cognitive del cervello associate con il ragionamento astratto e con il *problem solving* mostravano un aumento dell'attività quando i soggetti valutavano i dilemmi morali impersonali. Il fatto che i tempi di risposta fossero in media più lunghi nelle prove in cui i partecipanti giudicavano come appropriate le violazioni morali personali, avvalorava l'ipotesi che ci fosse un conflitto sottostante tra fattori emozionali e processi di controllo cognitivo (ossia un contrasto tra argomenti di tipo utilitaristico e argomenti di carattere relazionale-emozionale). Non venivano, infatti, osservati effetti comparabili nei giudizi morali impersonali. Sembra evidente che quando i partecipanti rispondono in modo utilitaristico (giudicando accettabile una violazione morale personale in cambio di un significativo vantaggio personale), coinvolgono non solo il ragionamento astratto, ma anche i meccanismi cognitivi di controllo-inibizione per controllare le risposte socio-emozionali elicitate da questi dilemmi.

Le tecniche di *Neuroimaging* ricostruiscono tridimensionalmente le struttura e la funzione del cervello, producendo, attraverso calcoli elaborati, le c.d. “neuroimmagini”. Il modello alla base di queste tecniche è quello secondo cui i neuroni, per potersi scambiare informazioni trasmettendo scariche elettriche attraverso le connessioni sinaptiche, necessitano di un’energia che, nel cervello, è prodotta bruciando glucosio con ossigeno. Poiché glucosio ed ossigeno sono trasportati dal sangue là dove c’è necessità, cioè c’è scambio sinaptico dei neuroni, ecco che in quella regione del cervello vi sarà maggiore afflusso di sangue. Oggigiorno il consumo di glucosio ed il flusso ematico nelle diverse strutture corticali e sottocorticali possono essere misurati con notevole risoluzione temporale e spaziale e con tecniche non invasive, da metodologie di esplorazione funzionale del cervello quali in particolare la Tomografia ad Emissione di Positroni (PET) per il consumo di glucosio e la Risonanza magnetica funzionale (fMRI)¹⁹⁶ per il flusso ematico; quest’ultima è la tecnica maggiormente usata negli studi sperimentali in quanto utilizzata anche in prove relative a compiti cognitivi molto complessi e di particolare rilievo quali prendere decisioni, mentire, rispettare o meno le convenzioni morali e sociali. Altre tecniche attualmente in uso ed in corso di sviluppo sono la Tomografia Computerizzata (TC), la Risonanza Magnetica (RM), la Tomografia ad Emissione di Fotone singolo (SPECT).

2. Lo studio dell’amigdala e delle regioni prefrontali

L’amigdala fa parte di un sistema di collegamento tra sinapsi che agisce sotto l’impatto di forti stimoli sensoriali (es. pericolo); sono di particolare interesse le

¹⁹⁶ Quest’ultima viene indicata dagli scienziati ed esperti come la tecnica con più alto grado di affidabilità (superiore al 90%) nell’identificazione delle attivazioni neuronali nel momento in cui viene affermato il falso dal soggetto analizzato, sulla base della scoperta che quando si mente, il cervello lavora di più, attivando due aree in particolare: la corteccia frontale dorso-laterale e la corteccia cingolata anteriore. Ciò potrebbe offrire un’efficace azione *lie-detection* (non a caso negli Stati Uniti la ricerca neuroscientifica sulle *lie-detection* viene sovvenzionata notevolmente)

interazioni tra le regioni del cervello in cui vengono generate le emozioni (l'amigdala appunto) e le regioni prefrontali responsabili della ragione¹⁹⁷.

3. *La tracce della memoria: l'ippocampo*

L'ippocampo permette di mantenere traccia, coscientemente recuperabile, delle proprie esperienze attraverso la c.d. memoria a lungo termine. Le conclusioni di una esperienza lasciano traccia e diventano recuperabili nel momento in cui si attiva la cosiddetta "memoria di lavoro" e possono poi regolare l'azione mediante le conclusioni dell'esperienza¹⁹⁸.

4. *La tracce della memoria: il Brain Fingerprinting*

Il metodo si basa sulla rilevazione di onde cerebrali, chiamate p300, attraverso elettrodi posti in corrispondenza del cranio della persona da analizzare: a fronte di determinati stimoli forniti al soggetto, l'apparecchio misura ed analizza al millesimo di secondo i picchi dell'attività elettrica nel cervello quando questo reagisce a qualcosa che riconosce¹⁹⁹.

Attualmente, quindi, attraverso queste tecniche è possibile ottenere una grande quantità di informazioni poiché è possibile²⁰⁰:

- Visualizzare l'attività cerebrale misurando l'attività dei neurotrasmettitori (PET²⁰¹) ed il flusso cerebrale mediante la rilevazione del segnale BOLD

¹⁹⁷ Un'indagine di questo tipo potrebbe aiutare nella verifica delle dichiarazioni rilasciate da testimoni o addirittura essere utili agli avvocati ed al giudice nella scelta di una giuria ove spesso le componenti sociali che determinano le convinzioni ed emozioni di un potenziale giurato nell'approccio ai diversi casi hanno un forte impatto (nei sistemi di *common law*).

¹⁹⁸ In ambito processuale questa tecnica potrebbe avere un forte impatto nel riconoscimento del responsabile di un reato, da parte delle vittime, il cui volto viene spesso dimenticato a causa dello stato di shock in cui si incorre in seguito ad un forte trauma, ma anche per capire se la negazione del reato da parte di un imputato, ad esempio, corrisponda con l'effettiva estraneità alla vittima.

¹⁹⁹ La tecnica, non invasiva, ha evidenziato una percentuale prossima al 100% nell'esattezza e verificabilità del risultato conseguito e si ritiene che questo metodo possa rivestire un'importanza decisiva nella lotta al terrorismo e nell'individuazione di eventuali colpevoli del reato.

²⁰⁰ Elencazione ripresa da Stracciari A., Bianchi A., Sartori G., *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, 118 ss.

²⁰¹ La PET sfrutta le proprietà di alcuni isotopi radioattivi iniettati, i quali liberano positroni che vengono rilevati da uno scanner.

(fMRI²⁰²). Dal momento che un aumento dell'attività sinaptica è associata ad un aumento della richiesta energetica (glucosio ed ossigeno) e ad un conseguente aumento del flusso ematico, PET e fMRI ci permettono di misurare, anche se indirettamente, l'attività cerebrale in vivo di un individuo mentre è impegnato in una particolare attività cognitiva;

- Studiare il modo in cui le diverse regioni cerebrali colloquiano fra loro, mappando le connessioni funzionali e la loro qualità;
- Studiare le fibre di connessione fra aree cerebrali diverse mediante la *Diffusion tensor imaging* (DTI) che permette di evidenziare le connessioni anatomiche tra aree cerebrali misurando la velocità di diffusione dell'acqua nelle varie direzioni;
- Studiare la densità della materia grigia (neuroni) e bianca (assoni) del cervello tramite la *Voxel Based Morphometry* (VBM) consentendo di mostrare alterazioni anatomiche anche minime che sfuggono all'apprezzamento visivo.

Parallelamente al perfezionamento delle tecniche di indagine cerebrale, vi è stato un avanzamento nella costruzione di test neurocognitivi che sempre più accuratamente permettono di studiare i meccanismi psicologici e cerebrali sottostanti le funzioni di interesse. La messa a punto di compiti cognitivi sempre più sofisticati ha permesso di affrontare argomenti tradizionalmente considerati intrattabili dal punto di vista scientifico, quali l'empatia, i valori morali, le scelte razionali, le scelte emotive e così via.

Questo permette di valutare in modo quantitativo la presenza della simulazione-dissimulazione, della capacità di pianificazione, di comprendere e provare emozioni, delle abilità di ragionamento e giudizio morale mediante un esame neuropsicologico mirato. L'utilità di queste metodiche consiste nel fatto

²⁰² La fMRI si basa sulla rilevazione del segnale BOLD (*blood oxygenation level dependent*, cioè segnale che dipende dal livello di ossigenazione del sangue). Questo segnale si basa sulle proprietà magnetiche delle molecole di deossi-emoglobina, ossia l'emoglobina che ha lasciato l'ossigeno alle cellule nervose.

che esse permettono di ottenere una stima quantitativa della funzionalità cognitiva del periziando²⁰³.

Stabilita, quindi, una correlazione anatomica e funzionale tra una elaborazione mentale, giuridicamente rilevante e l'attivazione di una determinata regione cerebrale, sarà possibile introdurre nel processo una prova di disfunzionamento cerebrale a sostegno della non esistenza della corrispondente attività mentale? Questo lo snodo fondamentale.

Ed ancora, le neuroscienze, con la loro promessa di svelare le correlazioni tra attività mentale e substrato biologico, rappresentano una novità scientifica di carattere eccezionale? La risposta al quesito è fondamentale perché essa può orientare le scelte ed i quadri concettuali in cui esse si collocano.

Interessante è la spiegazione che offre Forza²⁰⁴ sull'avvento delle neuroscienze. L'Autore riprende il pensiero di Thomas Kuhn²⁰⁵ concentrandosi sulla definizione di "paradigma" ossia il modello che determina quali siano i problemi ed i metodi legittimi sui quali si fonda una pratica di ricerca ritenendo che il processo di crescita della scienza non procede per accumulazioni, secondo una progressione continua, ma attraverso rivoluzioni.

Le rivoluzioni scientifiche non devono essere pensate come confutazioni di ipotesi in precedenza accreditate, ma come cambiamenti complessivi degli impegni teorici di una comunità scientifica, insieme definito appunto, paradigma; *"le rivoluzioni scientifiche rappresentano cambiamenti di paradigma, sovvertimenti di un intero sistema, che comprende il linguaggio, i metodi di convalida e*

²⁰³ L'utilizzo di queste tecniche di *neuroimaging* ha reso così possibile andare ben oltre lo studio delle tematiche tradizionali delle scienze cognitive (linguaggio, memoria, attenzione, ecc.) e di affrontare, con un approccio empirico, tematiche che una volta erano esclusivamente riservate alla speculazione filosofica, quali il libero arbitrio, il ruolo delle emozioni nelle scelte e nei processi decisionali.

²⁰⁴ Forza A., *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 11, 1376 ss.

²⁰⁵ Kuhn T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Milano, 1999.

gli stessi problemi considerati pertinenti o importanti” ²⁰⁶. La prevalenza di un paradigma caratterizza una fase di “scienza normale”, in cui gli scienziati si dedicano alla soluzione di problemi che possono essere formulati in relazione ai concetti ed agli strumenti propri del paradigma prevalente e che hanno una soluzione al loro interno.

Alle volte, però, la ricerca scientifica, guidata da un paradigma, viene a trovarsi di fronte ad anomalie, cioè a violazioni delle aspettative create dal paradigma. L’imbattersi in una anomalia non determina di per sé una rivoluzione scientifica, ma produce uno stato di crisi in cui la comunità scientifica cerca di negare o di ridimensionare il fenomeno anomalo o cerca di operare attraverso iniziative di adattamento del vecchio paradigma in modo da individuare una soluzione.

È caratteristica di una situazione di crisi la proliferazione di varianti teoriche che cercano di salvare il paradigma; quando, però, una parte significativa degli studiosi abbandona il vecchio, ecco profilarsi il nuovo paradigma alternativo.

L’adozione di un nuovo paradigma istituisce una nuova comunità scientifica che ha difficoltà a comunicare con quella vecchia ed i cui prodotti teorici sono “incommensurabili” con i precedenti, perché sono espressi con un linguaggio diverso, si sottomettono a criteri di convalida diversi ed, in generale, “parlano di un altro mondo” rispetto a quello conosciuto dal vecchio paradigma.

Ed ecco che i progressi della scienza nello studio del cervello hanno accentuato uno stato di crisi, presente in tutte le discipline che si occupano a diverso titolo della mente dell’uomo e del suo comportamento: dalla neurologia alla psichiatria, dalla psicologia all’antropologia, dalla criminologia al diritto.

“Quello che si sta delineando con l’avvento delle neuroscienze è una nuova immagine dell’uomo che mette in discussione molte delle pregresse certezze [...] i

²⁰⁶ Forza A., *La sfida*, cit., 1376.

*fenomeni vengono interpretati secondo una grana via via più fine, grazie ad una loro lettura lessicale più particolareggiata, da parte di nuove discipline che hanno ristretto i settori d'indagine e le competenze e che interagiscono con altre"*²⁰⁷.

E proprio sulla base di ciò che sostiene Forza, si osserva che se le recenti acquisizioni delle neuroscienze ed il loro impatto sul diritto sono qualcosa di eccezionale, comportando un cambiamento di "paradigma", il nostro apparato teorico e gli strumenti che esso ci offre sono da rivalutare e sarà necessario elaborare concetti e soluzioni nuovi. Se, invece, l'apporto delle neuroscienze ed il loro impatto sul diritto non hanno carattere eccezionale, i problemi sollevati potranno essere metabolizzati usando le categorie ereditate dal passato, pur con opportune modifiche ed adattamenti.

Con il primo atteggiamento si rischia di drammatizzare i problemi e di dover ripartire da zero, con il secondo di sottovalutare le sfide per la parte in cui esse sono veramente nuove. Due, quindi, gli approcci principali presenti: per il primo le neuroscienze possono consentire il superamento di antiche illusioni (come il libero arbitrio)²⁰⁸, per il secondo le novità scientifiche possono essere ricondotte alle preesistenti categorie²⁰⁹.

²⁰⁷ Forza A., *La sfida*, cit., 1377.

²⁰⁸ Secondo Joshua Greene e Jonathan Cohen " *per la legge, la neuroscienza cambia tutto e nulla: il libero arbitrio, come lo intendiamo noi oggi, è un'illusione, generata dalla nostra architettura cognitiva. La nozione retributiva di responsabilità penale dipende in ultima analisi da questa illusione e, se siamo fortunati, lascerà strada alla nozione consequenzialista, trasformando così radicalmente il nostro approccio alla giustizia penale*". Infatti, nella contrapposizione tra chi intravede un effetto delle cause fisico-psichiche del comportamento umano e chi ritiene che ciò contribuirà solo ad aggiungere nuovi dettagli nella preesistente dottrina giuridica, Greene e Cohen dichiarano apertamente di aderire alla prima tesi, e non nel senso che le scoperte neuroscientifiche modificheranno le attuali assunzioni del diritto, bensì nell'ottica di una trasformazione della percezione morale delle persone quando si discute di libero arbitrio e responsabilità. Citazione ripresa da Santossuosso A., *Le neuroscienze*, cit., 16.

²⁰⁹ Su questo fronte si può individuare Stephen Morse il quale sottolinea come debba essere chiaro che le categorie giuridiche e quelle scientifiche sono e sono destinate a rimanere distinte, anche dopo gli sviluppi delle neuroscienze. Queste ultime non diranno mai alla società ed al diritto chi è o può essere considerato responsabile così come il diritto non risolverà mai i quesiti alla base delle ricerche scientifiche. Altri Autori che condividono il medesimo pensiero sono Alan Felthous, Henning Sab, Lawrence Tancredi e J.D. Brodie. I riferimenti sono sempre tratti da Santossuosso A., *Le neuroscienze*, cit., 17.

Parlare, quindi, oggi di neuroscienze significa comprendere come il cervello renda possibili i fenomeni mentali ed i comportamenti umani, anche quelli più complessi che, in un passato recente erano considerati inaccessibili all'indagine scientifica. L'indagine è incentrata su come la mente emerga dal substrato biologico, cioè dal cervello. In questa prospettiva, la mente è ciò che il cervello fa. E, come già esposto, se il cervello è ferito anche la mente deraglia in modo, alle volte, sconcertante²¹⁰.

Le neuroscienze hanno cercato di far luce su come alcuni processi mentali siano correlati a particolari tipi di comportamento e, ciò che emerge dagli studi degli ultimi trent'anni, è una nuova immagine di uomo, non più divisa tra anima e corpo; *"questa nuova immagine dell'uomo, che le neuroscienze stanno disvelando, si appalesa sempre più come un qualcosa di diverso da quella rappresentazione che il senso comune ci induce a ritenere: un essere libero e razionale, comunque in grado di autodeterminarsi. I dati, che al contrario la ricerca sta facendo emergere, in modo sempre più incalzante, forniscono un'immagine diversa e controintuitiva dell'essere umano, non più appunto divisa tra anima e corpo, bensì di un unicum frutto dell'evoluzione, molto meno libero di quanto si è portati a ritenere, a causa dei condizionamenti genetico-cerebrali"*²¹¹.

Le neuroscienze, in sostanza, ed è questo il fulcro del problema, stanno evidenziando una realtà fatta di singoli aspetti sul funzionamento del cervello che contraddicono le più consolidate e ferme convinzioni. L'idea di uomo che si sta appalesando è quella di un soggetto dominato dalle passioni, irrazionale,

²¹⁰ Uno dei casi antichi più studiati e che rappresenta un caso emblematico è quello di Phineas Gage descritto a metà del XIX secolo e riproposto recentemente dal neuroscienziato statunitense Antonio Damasio (in Damasio A., *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995). Il signor Gage era sopravvissuto ad un grave incidente dovuto allo scoppio di una carica di dinamite nel corso dei lavori per la realizzazione di un tratto di ferrovia. Un'asta metallica gli aveva trapassato lo zigomo sinistro uscendo dalla teca cranica dietro la fronte. Il trauma aveva provocato nel soggetto un radicale mutamento del carattere. Da una persona responsabile ed assennata, l'incidente lo trasformò in un individuo dalle pessime qualità. Trattasi del primo caso di sociopatia acquisita a seguito di una lesione della corteccia prefrontale ventromediale, una patologia chiamata anche sindrome frontale caratterizzata per il discontrollo degli impulsi primari.

²¹¹ Forza A., *La sfida*, cit., 1380.

istintivo e soggetto ad un'ampia gamma di condizionamenti e non solo come conseguenza di fattori traumatici o patologici²¹².

L'idea che le neuroscienze stiano riplasmando il millenario dibattito filosofico sul libero arbitrio non può che scuotere le basi degli ordinamenti giuridici.

Ciò che rappresenta il punto forte dei neuroscienziati sono le risultanze di alcuni esperimenti in cui è emerso che le intenzioni coscienti dell'uomo non sarebbero propriamente le cause delle nostre azioni perché l'operatività causale è anticipata da processi cerebrali che le precedono, con un relativamente ampio scarto temporale. Il che tradotto in parole semplici dimostrerebbe che le

²¹² Qualche Autore intravede un'analogia con il dibattito svoltosi nella seconda metà dell'Ottocento, con il nascere della Scuola Positiva la quale, sotto certi aspetti aveva rivoluzionato il modo di concepire il reato e l'intero diritto penale. La perenne dialettica tra libero arbitrio e determinismo, pertanto, che sembrava placata nel secolo scorso, ha trovato nuova linfa nelle più recenti scoperte dei neuroscienziati. La concezione giuridica del reato, secondo la Scuola Classica, sottintendeva una visione antropologica dell'individuo in base alla quale ciascun uomo era considerato essere morale libero, capace di autodeterminazione responsabile perché dotato di libero arbitrio. Il delitto, pertanto, non era il risultato delle circostanze, del caso o dell'ambiente, ma traeva origine da una scelta individuale colpevole, avulsa da motivi e da condizionamenti del suo autore. Il reato veniva considerato non tanto come fenomeno naturalistico, quanto piuttosto come ente giuridico, staccato dall'agente ed assunto nella sua gravità obiettiva commisurata all'importanza del diritto offeso: una violazione cosciente e volontaria della norma penale. Il diritto penale, quindi, doveva occuparsi di giudicare i fatti e non la malvagità dei loro autori.

La rivoluzione della Scuola Positiva, invece, portò a concepire il fatto delittuoso come fenomeno naturale, evento bio-psicologico e sociale. La condotta penalmente rilevante era vista come l'azione di un uomo esposto alla contemporanea influenza di fattori fisici, antropologici e sociali. L'uomo delinquente non è libero di scegliere tra bene e male, ma è determinato al delitto in forza di una legge di causalità che lo porta a compiere il reato. Il caposaldo del diritto penale classico, rappresentato dal libero arbitrio (e qui si nota la stretta analogia con quanto sostenuto dalle moderne neuroscienze) veniva qualificato come una sorta di illusione metafisica e con esso l'idea di colpevolezza intesa, pur sempre, come rimprovero morale. Ai concetti di volontà colpevole, di imputabilità e di responsabilità morale veniva sostituito il concetto di pericolosità sociale intesa come probabilità che il soggetto, determinato da certe cause, fosse spinto a commettere fatti criminosi. Forza A., *Neuroscienze e diritto*, in *Riv. pen.*, 2009, 3, 249; Merzagora B. I., *De servo arbitrio, ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà?*, in *Rass. it. crim.*, 2011, 1, 9 ss.

Nisco A. sottolinea, invero, come vi siano notevoli differenze con la Scuola Positiva in quanto il neurodeterminista, rispetto al positivista che nel crimine intravedeva una degenerazione di alcuni, ritiene che la predisposizione al crimine sia un tratto morfologico che può interessare chiunque; in realtà, però, benché si proclami in possesso di dati scientifici, anche il neurodeterminista dovrà calibrare la sua prognosi su eventi solo culturalmente definibili, quali i comportamenti aggressivi e sessualmente devianti, non facendo altro che avallare una selezione sociale di tipologie di comportamento (e d'autore). Si veda Nisco A., *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 502.

intenzioni sono causalmente inefficaci e che rappresentano una sorta di epifenomeno.

Per addentrarci nel caso concreto, nelle indagini relative ad una specifica area del lobo frontale, è stato dimostrato di poter vedere, attraverso le neuroimmagini appunto, il nascere di una scelta comportamentale alcuni millisecondi prima che il soggetto acquisisca consapevolezza della propria determinazione²¹³.

Altrimenti detto, il cervello deciderebbe prima di quando il soggetto matura la consapevolezza della decisione.

Mediante la risonanza magnetica funzionale (fMRI), con la quale si visualizza un'area precisa del cervello che anticipa di alcuni secondi la decisione (prima che su questa si formi una "coscienza"), è possibile predire,

²¹³ Nel caso specifico, già negli anni Sessanta i neurologi tedeschi Kornhuber e Deecke identificarono un'attività cerebrale antecedente alla realizzazione di una decisione (*Bereitschaftspotential*). Negli anni Ottanta, con i suoi famosi esperimenti, nei quali veniva chiesto ad alcuni soggetti di compiere un movimento e di segnalare il momento in cui avevano coscienza di aver preso la decisione di compierlo, Benjamin Libet verificò l'esistenza di un impulso elettrico, sotto forma di onda lenta nel segnale dell'elettroencefalogramma, che appariva prima di ogni movimento. Veniva chiesto ai pazienti di muovere a piacimento il polso della mano destra e di riferire il momento preciso in cui avevano avuto l'impressione di aver deciso di iniziare il movimento. Al fine di stabilire il momento in cui il soggetto diveniva cosciente della volontà di effettuare il movimento, Libet ideò un orologio con un pallino che ruotava velocemente, l'orologio veniva usato dal soggetto per indicare la posizione del pallino nel momento della presa di decisione. Durante l'esecuzione del compito, veniva registrata l'attività elettrica cerebrale tramite elettrodi posti sullo scalpo. I risultati evidenziarono che i soggetti sperimentali diventavano coscienti all'inizio del movimento, rilevato attraverso l'elettromiogramma. Il dato più sorprendente è che il potenziale di prontezza motorio che culminava con l'esecuzione del movimento iniziava molto prima del momento in cui al soggetto sembrava di aver preso la decisione. I soggetti, infatti, divenivano consapevoli dell'intenzione di agire circa mezzo secondo dopo l'instaurarsi del potenziale di prontezza motorio. Il processo volitivo, sembra, quindi, aver inizio inconsciamente ed il cervello si prepara all'azione molto prima che il soggetto sia consapevole di aver deciso di muovere il polso e l'intervallo della decisione inconsapevole è stimato, in questo compito, in circa un terzo di secondo.

Questo risultato fu confermato da Haggard ed Eimer che affinarono l'esperimento con riguardo sia alle tecniche di misurazione che alle richieste nei confronti dei pazienti chiamati ad eseguire un comando ed un'opzione. Recentemente, l'*equipe* guidata da John-Dylan Haynes, del Max-Planck-Institut, ha aggiornato l'esperimento avvalendosi della risonanza magnetica funzionale (fMRI). Viene confermato che il momento in cui il soggetto diventa consapevole di aver scelto di muovere il dito della mano destra piuttosto che della mano sinistra, precede il movimento stesso di circa un secondo. La scelta comportamentale, però, nell'esperimento, poteva essere prevista sulla base delle attività di aree del polo frontale circa dieci secondi prima che il soggetto divenisse consapevole della propria scelta. In altre parole, il cervello "aveva già deciso" quale mano muovere quando la consapevolezza della scelta era ancora lontana dal maturarsi.

con buona accuratezza, quale scelta il soggetto opererà; analizzando, infatti, i segnali luminosi sarebbe possibile “decodificare” la previsione dell’eventualità che il soggetto agirà²¹⁴. Tutto ciò per dire che il cervello sembra agire in modo autonomo dando impulso all’azione, prima che l’individuo acquisisca coscienza della stessa²¹⁵.

Non è difficile da intuire, pertanto, che tali risultanze sembrano mettere in discussione definitivamente la libertà dell’essere umano, *“e l’idea che la libertà possa essere soltanto un’illusione potrebbe, in prospettiva, minare pericolosamente le fondamenta dei sistemi penali, essendo a rischio il fondamento della punibilità”*²¹⁶.

Nessun esperimento ha dimostrato con certezza l’inesistenza della libera volontà, più sommessamente ha offerto indizi a favore del determinismo e a sfavore della libertà d’azione²¹⁷. Una correlazione temporale tra attività neuronale e azione volontaria, infatti, non equivale ancora ad una correlazione causale, anche se quest’ultimo tipo di correlazione è un’ipotesi rafforzata dagli studi più recenti²¹⁸. *“Decidere non sarebbe un atto causato dalla volontà, ma da una “memoria esperienziale” che si forma, a sua volta, per effetto dell’interazione di varie parti del sistema nervoso e che, in fatto di desideri ed intenzioni, avrebbe “la prima e*

²¹⁴ J.-D. Haynes, *Posso prevedere quello che farai*, in M. De Caro, Lavazza A., Sartori G., *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, 5 ss.

²¹⁵ Una conferma della visione deterministica dell’agire umano deriverebbe, sotto altro profilo, dai dati che stanno emergendo dallo studio dei neuroni specchio, strutture cellulari che sarebbero alla base delle forme inconscie di imitazioni riscontrabili nell’interazione sociale tra gli individui. Tali meccanismi neurologici, che inducono il soggetto ad una sorta di rispecchiamento nel comportamento dell’altro, lasciano supporre un automatismo biologico difficile da controllare, che potrebbe delegittimare radicalmente la visione classica di una capacità decisionale autonoma su cui poggia il libero arbitrio. La ricerca è volta, quindi, anche sulle possibilità che sia prima di tutto la nostra biologia a dettare il nostro comportamento sociale.

²¹⁶ Forza A., *La sfida*, cit., 1380. Proprio su questo rilievo alcuni Autori hanno suggerito che il diritto penale dovrebbe in questo senso abbandonare l’idea dell’imputabilità e della colpevolezza; si veda per un’ampia disamina sul punto Merzagora B.I., *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 180 ss.

²¹⁷ De Caro M., Lavazza A., Sartori G., *La frontiera mobile della libertà*, in *Siamo davvero liberi?*, cit., VI ss.

²¹⁸ J.-D. Haynes, *Posso prevedere*, cit., 16 ss.

l'ultima parola". [...] noi non facciamo ciò che vogliamo, ma vogliamo ciò che facciamo"²¹⁹.

Recentemente, la prestigiosa rivista "*Philosophical Transactions of the Royal Society*", in un'importante monografia dal titolo "*Law and the brain*" ha cercato di stabilire il potenziale apporto di conoscenza che le neuroscienze potrebbero offrire al diritto e quali siano i limiti contingenti alla loro applicazione²²⁰.

I temi trattati sono quelli abbastanza ricorrenti del libero arbitrio e del determinismo, della responsabilità penale, della funzione della pena, ma anche quelli più attuali delle basi neuronali del senso morale e del senso della giustizia, e così via.

La novità, però, più rilevante sul piano teorico è costituita dal fatto che le questioni giuridiche per la prima volta vengono viste, come riflesso dell'attività cerebrale e come se fosse l'organizzazione ed il funzionamento del cervello a determinare il modo in cui gli uomini arrivano alla formazione dei precetti normativi ed obbediscono alle norme stesse.

In altri termini, così come ogni attività umana è il prodotto dell'organizzazione e del funzionamento del cervello, anche il diritto altro non sarebbe che la risultante ed il prodotto dell'attività cerebrale, rafforzata dalle esigenze dell'evoluzione di cui il cervello rappresenta il prodotto più raffinato.

Quali, quindi, i margini di fruibilità oggi offerti al sistema giuridico di queste discipline? Lo scritto *in primis* ritiene scorretto, in quanto, arduo ed incerto, generalizzare le scoperte ottenute negli esperimenti di laboratorio alla complessità del mondo reale. È l'esperienza stessa, infatti, che ci dimostra che ciascun individuo risponde in modo assai diverso a singole situazioni.

Le caratteristiche fisiche e comportamentali, correlate a specifici geni sono, infatti, fortemente influenzate da una serie di fattori ambientali, oltre che da

²¹⁹ Citazioni riprese da Nisco A., *Il confronto*, cit., 500.

²²⁰ The Royal Society, *Brain Waves Modules 4: neuroscience and the law*, 2011, December, London, in www.royalsociety.org.

interazioni sociali. Il concetto di causalità che opera nelle neuroscienze non è, infatti, necessariamente lo stesso che opera in ambito giuridico; l'individuazione di un fattore X, correlato ad un certo comportamento, non dimostra che quel fattore rappresenti di per sé la sola causa determinante del fenomeno. Doverosa è la necessità di approfondire con ulteriori indagini la significatività del fattore X rispetto al dato fenomenico.

Il caso concreto riportato nello studio dell'Accademia, conosciuto e richiamato anche in diversi approfondimenti dottrinali giuridici, è quello di un cinquantenne che ad un certo momento della sua vita, aveva sviluppato comportamenti inusuali dal punto di vista sessuale, sfociati in tentativi di violenza verso la figliastra. Ricoverato poco prima del processo, attraverso le neuroimmagini veniva evidenziata la presenza di un tumore benigno sul lobo frontale, nello specifico, posizionato nella parte orbito-frontale della corteccia (in un'area che viene riconosciuta come deputata a regolare il comportamento sociale degli individui). L'uomo, dopo la rimozione del tumore, riacquistò il suo normale equilibrio al punto da essere giudicato non più pericoloso. A distanza di qualche anno, ricomparvero i comportamenti sessuali inusuali: si era riformato il tumore. Nuovamente operato, il suo comportamento tornò ad essere normale.

In questo specifico caso, la scomparsa delle pulsioni sessuali dovrebbe dimostrare la correlazione certa tra la neoformazione ed il comportamento, anche se, allo stato delle conoscenze, le neuroscienze non sono in grado ancora di fornire una spiegazione precisa sui meccanismi funzionali coinvolti²²¹.

Vi sono importanti implicazioni pratiche, riportate nella rivista, che derivano dalle più recenti scoperte neuroscientifiche e che già stanno incidendo

²²¹ Secondo il giurista Schauer gli standard di significatività della prova scientifica andrebbero considerati in modo diverso per l'accusa e per la difesa: per l'accusa la prova deve rispondere al principio "al di là di ogni ragionevole dubbio", per l'imputato sarebbe sufficiente una possibilità ragionevole, si veda Schauer F., *Neuroscience, lie-detection, anche the law*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2009.

sul mondo della giustizia in generale: si pensi ad esempio alla responsabilità degli adolescenti in relazione al loro sviluppo cerebrale e l'abolizione della pena di morte negli Stati Uniti nel 2005 che ha trovato giustificazione proprio sulla base delle evidenze neuroscientifiche in ordine alla maturazione di alcune aree cerebrali²²².

Tornando più nello specifico a come si affacciano le neuroscienze al mondo del diritto e, per quel che qui più ci interessa, al diritto penale, si è già accennato ad inizio capitolo come vi siano tra gli stessi addetti ai lavori diversi punti di vista ed opinioni sul rapporto neuroscienze-diritto. Se si parte dal presupposto che la libertà è in crisi, di conseguenza, è a rischio anche il fondamento della punizione perché il soggetto cosciente risulterebbe spettatore dell'azione compiuta e vittima di una punizione a lui non destinata.

Ciononostante i neuroscienziati non dubitano dell'utilità sociale dell'idea di responsabilità e propongono di gestire il controllo sociale alla luce di molteplici livelli di interferenza tra il loro settore disciplinare ed il sistema penale²²³.

Premesso ciò, possiamo individuare due linee interpretative prevalenti a spiegazione del rapporto neuroscienza e diritto penale: il programma debole ed il programma forte.

²²² Gli Autori di questo lavoro, in particolare, si sono interrogati sulle ragioni che ancora oggi possono giustificare in Inghilterra il mantenimento del limite d'età di dieci anni per considerare il minore non imputabile quando è oramai certo che la corteccia prefrontale, deputata al controllo degli impulsi, è la parte del cervello più lenta a maturare. Ed è questa la ragione che spiegherebbe le esagerate risposte emotive degli adolescenti, il discontrollo degli impulsi e la loro propensione ad atteggiamenti rischiosi.

Non solo, a livello di dati statistici, si è evidenziato come negli Stati Uniti dal 2005 al 2009 sono raddoppiati i procedimenti penali in cui sono state introdotte prove che beneficiano delle acquisizioni delle neuroscienze o della genetica comportamentale, pur restando i numeri delle applicazioni contenute entro il limite di qualche centinaio di casi complessivamente. Quasi due terzi riguardavano casi per omicidio.

²²³ Sammiceli L., Sartori G., *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3305 ss.; Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., *Manuale*, cit.; Messina G., *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto fra scienza e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 347 ss.

Il programma debole²²⁴ ritiene che le neuroscienze si limitino ad offrire nuove conoscenze in materia probatoria, soprattutto in merito all'accertamento dell'imputabilità, al fine di migliorare la prova peritale senza mettere in discussione l'impianto concettuale dell'imputabilità stessa. Proprio in quest'ottica, la nostra giurisprudenza di merito utilizzando il c.d. *neuroimaging* cerebrale e la genetica molecolare ha sentenziato una riduzione di pena ai sensi dell'art. 89 c.p., precisando in ogni caso che il ricorso a queste tecniche non implica affatto una "rivoluzione copernicana" in senso determinista²²⁵.

Il giurista statunitense Stephen Morse si è posto, fra i primi, il problema se le nuove acquisizioni possano radicalmente modificare il principio della responsabilità, rivedendo il concetto di capacità di intendere e di volere, ecc. Egli ritiene che il diritto in prospettiva sicuramente si avvarrà dei risultati delle neuroscienze, ma non potrà modificare l'architettura concettuale di base. Il concetto di capacità di intendere e di volere manterrebbe la sua attuale connotazione; *"esso rappresenta uno standard minimo di razionalità che non ha nulla a che vedere con il concetto assoluto di libertà del volere e che, pertanto, non potrà verosimilmente venire in discussione dalle nuove evidenze empiriche"*²²⁶.

Morse parla di *"errore psicolegale fondamentale"* nel quale molti giuristi rischiano di incorrere. L'errore risiede nel credere che l'aver compreso parte dei meccanismi biologici, che stanno alla base di un determinato comportamento, possa necessariamente valere quale giustificazione del comportamento stesso sul piano giuridico. Queste maggiori capacità di comprensione dell'agire umano non si possono trasformare in un processo di

²²⁴ Classificazione coniata da Nisco A., *Il confronto*, cit., 500 ss.

²²⁵ Il riferimento è alle sentenze del Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 2011, 1 e della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, 1, 70 che saranno oggetto di analisi nel prossimo capitolo.

²²⁶ Così Forza A., *Neuroscienze*, cit., 252.

abolizione di qualsiasi tipo di responsabilità individuale e di contestuale nascita di nuove “sindromi patologiche”.

Il diritto potrà prendere atto dell’esigenza di nuove cause biologiche che possono limitare la capacità di libera autodeterminazione del soggetto, ma potrà considerarle ai fini del riconoscimento della responsabilità solo nel caso in cui queste cause del comportamento incidano sulla capacità di intendere e di volere. *“Le neuroscienze non potranno sovvertire i principi costitutivi ed il ruolo basilare della responsabilità penale. Se le facoltà razionali del soggetto non appaiono compromesse, egli sarà ritenuto responsabile, qualunque possano essere le risultanze accertate dalla prova neuroscientifica che mai potrà stabilire quanta razionalità sia necessaria perché si abbia responsabilità”*²²⁷.

L’individuo continuerà ad essere considerato arbitro delle proprie azioni fin tanto che non si dimostri che, patologie o situazioni indipendenti dalla sua volontà, abbiano limitato radicalmente questo suo potere. Ciò non esclude, tuttavia, che nuovi profili della responsabilità o non responsabilità penale possano essere delineati nell’ambito di una visione scientificamente più orientata ed arricchita delle nuove informazioni sul funzionamento del cervello.

La rinnovata comprensione dei meccanismi neurali, messa alla prova dalle situazioni concrete del processo, non potrà che contribuire a rendere il giudizio sempre più equo.

Diversamente, il programma forte prevede una modifica sostanziale del sistema sulla base del principio che nessun individuo è libero e, di conseguenza, i concetti di imputabilità e colpevolezza dovrebbero essere abbandonati dal diritto penale.

Questa concezione ha conosciuto un fortunato sviluppo in Germania ove ne è derivato un forte scontro tra i sostenitori di questa tesi ed i cultori delle discipline umanistiche. Il nocciolo della questione è il concetto de “il poter agire

²²⁷ Nisco A., *Le neuroscienze*, cit., 252.

diversamente" (*Andershandelnkönnen*) che rappresenta niente meno che la premessa logica della responsabilità colpevole e dell'intero diritto penale.

Questo presupposto, secondo i fautori di questa teoria, non avrebbe alcun riscontro empirico e sarebbe confutato dagli esperimenti sul potenziale di prontezza. Su queste basi *"perseverare nel (tentativo di) muovere un rimprovero diverrebbe inutile e palesemente "inumano"; la colpevolezza andrebbe sostituita da un'idea di "correzione" a fini terapeutici e preventivi, attuata tramite educazione, premi e sanzioni, allo scopo di instillare un sentimento di responsabilità"*²²⁸. Questo programma, pertanto, è incentrato su una trama di misure di sicurezza e di intenti preventivi.

Ma, alla luce di quanto sopra esposto, la domanda che ci si pone è: come mai, pur essendo il comportamento degli individui così fortemente condizionato dalla biologia del cervello, essi hanno comunque la convinzione di essere liberi nelle loro decisioni? Quale la ragione che giustifica questa convinzione?

Greene e Cohen hanno cercato di dare una risposta al quesito definendo il libero arbitrio come una sorta di illusione necessaria, risultato della selezione

²²⁸ Così Nisco A., *Il confronto*, cit., 500 ss. L'Autore, individuato il punto comune di partenza del programma, rileva poi come in realtà diverse siano le evoluzioni della teoria. Cita ad esempio Gerhard Roth, professore di psicologia del comportamento e neurobiologia dello sviluppo a Brema che suggerisce di sostituire il diritto penale della colpevolezza con una nuova assunzione di responsabilità da parte della società, specialmente verso gli autori di reati violenti ed a sfondo sessuale. L'obiettivo sarebbe un *Sanktionrecht* caratterizzato da un'offerta di terapie efficaci. Terapie sempre e comunque subordinate al consenso del paziente (Nisco sottolinea come in verità la dipendenza dal consenso se da un lato è coerente con lo stato di diritto, non lo è con la pretesa della mancanza di libero arbitrio).

Vi è poi Wolf Singer, ex direttore del dipartimento di neurofisiologia al Max-Planck-Institut per le neuroscienze di Francoforte, il quale propone un sistema di pura protezione dai fuorilegge, emancipato dalla complessa questione della colpevolezza ove propone di segregare gli autori del reato e di sottoporli a determinati programmi educativi, inclusivi di sanzioni.

Ai lati più estremi del pensiero troviamo poi Hans Markowitsch, professore di psicologia fisiologica a Bielefeld, il quale afferma che se il nucleo del problema è una predisposizione al crimine, considerato che tale predisposizione può essere valutata con l'ausilio di sofisticate tecniche di esplorazione del sistema nervoso, tanto varrebbe disfarsi del sistema giudiziario e sottoporre gli individui, *ante delictum*, ad un programma di prevenzione per ricavarne una prognosi criminale. Come giustamente commenta Nisco in questo caso si è di fronte *"ad un'utopia negativa immaginata da qualche pellicola di fantascienza"*.

evolutiva, funzionale al mantenimento del nostro assetto sociale. Questa illusione, assolverebbe ad una fondamentale funzione di legante necessaria per il mantenimento dell'assetto sociale appunto.

Ulteriori elementi di supporto a questa spiegazione si ricaverebbero dal significato sociale che gli individui attribuiscono alla sanzione penale, quale conseguenza di una condotta liberamente determinata e, quindi, intesa come corrispettivo del male voluto, esigenza etica insopprimibile dalla coscienza di soggetti socialmente organizzati. L'impulso ad esigere la pena, intesa come retribuzione, potrebbe essere guidato da meccanismi cerebrali filogeneticamente vecchi. Questi ultimi rappresenterebbero uno strumento efficiente e forse essenziale dimostrandosi funzionale, dal punto di vista evolutivo, al mantenimento della stabilità sociale²²⁹.

1.1. Le neuroscienze ed il vizio di mente

La malattia mentale non è definita dal codice penale, si parla genericamente di "infermità". Come già ampiamente esposto nel primo capitolo, in prima istanza il concetto *de quo* rimanda alla teoria medico-organicistica per cui le infermità mentali sono intese quali vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso aventi substrato organico o biologico. Questo modello si traduce in un'accertata patologia, attraverso tipologie formali e documentali di "disturbo psichico" secondo l'equazione malattia mentale uguale classificazione nosografica, riconosciuta dalla scienza psichiatrica, escludendo l'atipicità o la non riconducibilità delle manifestazioni mentali *extra ordinem*.

Il passaggio temporale successivo comporta l'influsso del movimento psicologico freudiano attraverso la valorizzazione dei substrati dell'inconscio,

²²⁹ Forza A., *Neuroscienze*, cit., 252.

Es, Ego, Super Ego, per cui anche semplici disarmonie psichiche possono assurgere a livello di malattia mentale, quando i confini dell'interiorità della mente prevalgono sulla realtà riconosciuta al di là del proprio io, in una sorta di mistificazione accettata e riconosciuta del mondo circostante. In questa lettura sono ricomprese non solo le malattie mentali, ma anche le psicopatie e le nevrosi legate alla psiche prendendo in considerazione l'effettivo rapporto tra le anomalie psichiche del soggetto ed il fatto di reato da lui commesso.

Attualmente, il modello di malattia mentale si manifesta come "integrato" su sfondo bio-psico-sociologico coniugando il fattore biologico, a base fondante, con altri fattori extra biologici, quali quello psicologico, socioculturale e neuro scientifico.

Il modello integrato è stato ufficializzato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la nota sentenza²³⁰ secondo cui anche i disturbi di personalità, come nevrosi e psicopatie, possono costituire infermità penalmente rilevanti purché abbiano inciso in modo altamente significativo sul funzionamento dei meccanismi intellettivi e volitivi del soggetto agente al momento della commissione del fatto.

Il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM-IV) e la Classificazione internazionale delle malattie e dei problemi correlati (ICD-10) proposta dall'Organizzazione mondiale della sanità e giunta alla sua decima revisione, costituiscono un supporto valido, ma in questa prospettiva, non esaustivo del mondo delle malattie mentali²³¹.

La psichiatria forense trascende dalle categorie generali di malattie mentali al fine di studiare il "malato di mente" caso per caso. Al giudice, infatti, interessa conoscere l'inquadramento diagnostico, oltre che quello nosografico,

²³⁰ Cass. pen., Sez. un., 25 gennaio 2005, R., in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

²³¹ Si consideri che nel prossimo maggio 2013 l'*American Psychiatric Association* pubblicherà la quinta edizione del DSM ove vi sarà ufficialmente l'elenco dei disturbi mentali, proponendo un modello ibrido dimensionale-categoriale per la personalità, che coniuga la possibilità di misurare il funzionamento personologico con la nosografia.

includendo non solo l'aspetto categoriale, la diagnosi, l'accertamento della patologia di cui la persona è affetta, ma anche l'approccio di tipo dinamico-funzionale.

I quadri psicopatologici, aventi rapporto diretto con il diritto penale nell'interpretazione del nesso tra malattia *ergo* disturbo mentale e fattispecie criminosa, possono essere clinicamente definiti nel ritardo mentale, nelle varie forme di demenza, nella schizofrenia, nelle psicosi e nei disturbi della personalità.

Va sin da subito precisato che attualmente quella che viene indicata convenzionalmente come perizia psichiatrica è, in realtà, psichiatrica solo in parte; in larga misura è, invece, anche una perizia criminologica e medico-legale. I tempi in cui i magistrati chiedevano al clinico di esprimere, in sostanza, un semplice giudizio diagnostico da cui discendeva, quasi come naturale proiezione dal versante clinico, un giudizio di difetto o assenza di imputabilità sono definitivamente tramontati.

Questo cambiamento è dovuto *in primis* ai progressi compiuti dalla psichiatria nel trattamento delle malattie mentali e dal radicale mutamento del percorso di vita dei sofferenti psichici, grazie anche al cambiamento nell'approccio al malato ed alla caduta dei pregiudizi in ordine alla sue capacità; *"oggi nessun psichiatra, crediamo, sottoscriverebbe "a priori" una dichiarazione di incapacità assoluta nei riguardi di qualsiasi malato mentale"*²³².

Il tramonto dello stereotipo del malato-incapace con la conseguenza che anche un malato può essere chiamato a rispondere del suo operato comporta che la sola diagnosi non sia sufficiente a produrre un giudizio di difetto di imputabilità: è necessario conoscere il tipo di malattia, la qualità delle sue espressioni cliniche, da quanto tempo il soggetto ne è affetto e con quale andamento l'affezione procede, quale sia il grado di destrutturazione della

²³² Così Carrieri F., Catanesi R., *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 01, 21.

personalità ed il funzionamento psicologico, sociale e lavorativo residuo e così via.

Di conseguenza, anche la valutazione psichiatrico-forense di comportamenti-reato attribuiti ai portatori di sofferenza psichica è estremamente complessa.

Questa percezione è stata fatta oramai propria anche dalla Magistratura che non accetta più perizie che semplicisticamente facciano derivare da un insieme di sintomi un giudizio di vizio di mente. Sempre più spesso i magistrati pretendono da questo accertamento qualcosa di più e, al fine di poter giudicare, a volte chiedono *“ciò che nel quesito non compare ma che fra le righe, o fuori verbale, si sollecita. Chiedono di capire il percorso mentale che ha condotto al progetto ed alla esecuzione del delitto, se ed in quale misura la malattia abbia avuto un ruolo ed in qual misura abbia inciso nelle scelte”*²³³.

È esperienza comune che si addivenga a perizia psichiatrica non solo quando chiari e documentati siano gli elementi di disturbo mentale, ma anche in tutti i casi giudiziari che si caratterizzano per particolare violenza, ferocia o semplicemente quando le usuali categorie di comprensione dei fatti non siano sufficienti a dare risposte. È questo il momento in cui la perizia psichiatrica diventa anche criminologica: è il momento in cui al perito si impone di confrontare i dati clinici personalmente raccolti con i fatti, con gli elementi esistenti negli atti, con quella particolare realtà che è la realtà processuale²³⁴.

Non si deve dimenticare che lo studio della dinamica del reato e della condotta mantenuta precedentemente, contestualmente e successivamente al fatto di reato può e deve essere utilizzata al solo scopo di verifica della

²³³ Così Carrieri F., Catanesi R., *La perizia psichiatrica*, cit., 22.

²³⁴ Effettuare una ricostruzione criminodinamica, cercare di ripercorrere gli eventi utilizzando quale strumento interpretativo quello dell'analisi criminologica, psichiatrica e psicologica è spesso operazione che supera di gran lunga, nell'economia complessiva di un elaborato peritale, la dimensione diagnostica dell'indagine e che le conferisce un indiscutibile significato criminologico.

fondatezza dell'ipotesi clinica quale processo di validazione (o sconfessione) dell'esistenza di un dato quadro clinico al momento del fatto.

Dunque, sempre e solo una prospettiva di verifica psicopatologica e non di analisi psicologica, espressamente proibita dal nostro ordinamento²³⁵.

L'operazione di ricostruzione criminodinamica, unita ad una analisi del ruolo e del peso avuto dal disturbo mentale nella genesi del delitto (studio criminogenetico) preparano il campo alla fase più propriamente medico-legale della perizia, quella nella quale l'aspetto psicopatologico deve collegarsi con quello normativo.

Le ricerca nel settore nel *neuroimaging* ha notevolmente modificato il modo di "intendere giuridico" dei disturbi psichiatrici, bandendo l'idea delle attuali categorie diagnostiche, schematicamente distinte, quali, ad esempio, la schizofrenia o il disturbo da *deficit* dell'attenzione ed iperattività. Attualmente, le diagnosi relative a tali patologie sono basate su criteri formali, delineati nel DSM-IV che specifica i sintomi relativi a ciascun disturbo. Questi criteri, tuttavia, non hanno alcun fondamento neuroscientifico.

La comunità psichiatrica si è progressivamente preoccupata del fatto che le categorie diagnostiche tradizionali, alla fine, oscurano i sottostanti sistemi cerebrali ed i fattori genetici che portano a problemi di salute mentale. Un crescente accumulo di evidenze indica che parecchi problemi psichiatrici, più che essere disturbi distinti, si trovano su un *continuum* tra lo stato normale e quello patologico.

²³⁵ Art. 220 c.p.p.: *"Oggetto della perizia: La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche.*

Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche".

Il secondo comma si riferisce al tradizionale divieto di perizia psicologica e criminologica: nel giudizio di cognizione non è ammesso disporre un'indagine peritale avente ad oggetto le qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche. Qualora, dunque, vengano dedotti, ad esempio, disturbi psicologici della persona idonei ad incidere sulla capacità di intendere e di volere, e perciò attinenti a profili di ordine patologico, può disporsi perizia per accertarne l'esistenza e la rilevanza; in caso contrario, se la circostanza dedotta esula da ogni deviazione di tipo patologico (es. dedizione del soggetto al compimento di reati), non è possibile disporre perizia avente ad oggetto aspetti psicologici o criminologici dell'imputato.

Le tecniche di *neuroimaging* ci forniscono, pertanto, il mezzo per andare oltre le attuali categorie diagnostiche, allo scopo di sempre meglio comprendere in che modo l'attività del cervello si rapporti alla disfunzione psicologica; al contrario, un suo utilizzo per la diagnosi dei disturbi psichiatrici classici potrebbe oscurare i problemi reali²³⁶.

Il legislatore ha offerto un giudizio di imputabilità misto ovvero che si struttura su due livelli: patologico e psicologico-normativo. Il primo livello rappresenta il momento diagnostico, di accertamento e di inquadramento del disturbo psichico; il secondo è caratterizzato dall'indagine sulla rilevanza da attribuire a siffatto disturbo in ragione della sua incidenza sui processi intellettivi e volitivi dell'individuo, secondo un modello che potremmo definire bifasico.

L'indagine circa la rilevanza del disturbo è di duplice natura: psicopatologica e normativa. La parte psicopatologica compete all'esperto, il quale sulla base delle conoscenze scientifiche dovrebbe spiegare al giudice se, perché e come, la diagnosticata infermità mentale abbia annientato o semplicemente compromesso la capacità di intendere e di volere dell'imputato. Al giudice, invece, spetta in via esclusiva il compito di risolvere le questioni di responsabilità penale alla luce di tale verifica dell'esperto e che attengono all'interpretazione della disciplina codicistica, all'applicazione coerente e razionale delle categorie dogmatiche coinvolte ed alla rilevanza da riconoscere alle istanze politico-criminali. Dalle soluzioni di tali questioni dipende l'ultima parola sull'imputabilità.

Gli apporti delle neuroscienze, invero, agli occhi dei giuristi possono comportare il rischio di una saturazione di empiria del modello esplicativo, quale quello dell'imputabilità, modello che lascia sì ampi spazi ai contributi delle scienze empiriche, ma che non potrà mai in essi esaurirsi. Si potrebbe definire questa posizione critica verso le neuroscienze una necessaria

²³⁶ Pasculli M. A., *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*. Volume I, Roma, 2012, 42 ss.

esplicazione del principio generale di autonomia del diritto penale, il quale rifiuta qualsiasi sua subordinazione nozionale e funzionale ad altri rami dell'ordinamento o ad altre discipline, tale da fare del diritto penale un puro diritto sanzionatorio. Quando il diritto penale richiama direttamente concetti o categorie tipici di altre discipline, come a proposito dell'infermità mentale nel giudizio di imputabilità, per esigenze specifiche della attribuzione penalistica di responsabilità, questi concetti inevitabilmente possono o devono essere forgiati in modo tale da rispondere a queste esigenze, naturalmente nel rispetto del vincolo di realtà.

Si legge in dottrina, proprio in tal senso: *“ai fini del vizio di mente, la realtà fattuale del fenomeno infermità mentale non si esaurisce nella descrizione di una patologia funzionale del cervello, il primo piano dell'imputabilità, essa implica anche l'esame dell'incidenza patologica sulla capacità di intendere e di volere, il secondo piano del giudizio. Il modello offerto dalle neuroscienze non è stato finora in grado di assicurare questo esame, per la sua natura descrittiva e non anche esplicativa, poiché esso si limita a scoprire le correlazioni fra funzioni cerebrali e comportamento umano*²³⁷.

In riferimento, ad esempio, ai disturbi della personalità, il giurista intravede il rischio che l'evidenza di un collegamento fra cambiamenti strutturali cerebrali e disturbi della personalità o, anche psicopatie, possa essere interpretata arbitrariamente come prova che il comportamento criminale trova la sua causa nella patologia mentale, che ha abolito o diminuito la capacità di intendere e/o volere del soggetto.

Si evidenzia, infatti, in dottrina²³⁸ che alto è il coefficiente di rischio di facili deduzioni causali ed, altrettanto alto, è il rischio che questi nessi causali siano erroneamente interpretati nei termini di determinazione al comportamento criminale. Si afferma, con una forte nota di criticità, che il modello delle

²³⁷ Bertolino M, *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Le neuroscienze e il diritto*, a cura di Santossuosso A., Pavia, 2009, 125.

²³⁸ Bertolino M, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, cit., 126.

neuroscienze sembra riproporre i limiti riduzionistici dei paradigmi naturalistici come quello medico-organicistico, secondo il quale la malattia mentale è sempre e solo una malattia di origine organica.

In tal senso: *“l’immagine della malattia mentale che le neuroscienze offrono è ancora più riduttiva di quella organicistica: è quella biologica, è quella dei processi neurali, è cioè quella della malattia di un uomo che è guidato dalle (e si esaurisce nelle) sue funzioni e nelle sue prestazioni biologiche. Dal modello della complessità, della spiegazione multifattoriale, integrata, della malattia mentale, si ritorna a quello della semplificazione, della spiegazione monofattoriale, monocausale di essa”*²³⁹.

Notevoli, sempre da questo perplesso punto di vista dottrinario, le conseguenze di questi sviluppi a livello della prova dell’incidenza del disturbo psichico sulla capacità di intendere e di volere, ovvero il secondo piano del giudizio di imputabilità. Un accertamento dell’infermità mentale rilevante ai fini dell’esclusione o riduzione della imputabilità che si risolvesse nella prova della presenza di patologie funzionali del cervello significherebbe infatti una oggettivizzazione e standardizzazione del secondo piano del giudizio di imputabilità. Cosa che metterebbe a repentaglio la dimensione normativa dell’imputabilità, poiché la connotazione personalistica della responsabilità penale, rappresentata dalla colpevolezza come rimproverabilità del fatto di reato, esige una risposta alla domanda sul come ed il perché dell’attivarsi del funzionamento cerebrale e sullo scopo di esso.

Nonostante, però, si accusino le neuroscienze di non essere in grado di rispondere a questo interrogativo, dato che la scoperta delle correlazioni neurali dei fenomeni mentali non è sufficiente per spiegare come questi fenomeni siano possibili, in sede processuale la “spiegazione neurale” della malattia mentale sembra, invece, sollevare dal difficile compito della comprensione esplicativa in termini soggettivi, individualizzanti, dei “fatti” patologici oggettivamente verificati.

²³⁹ Bertolino M, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, cit., 127.

In breve, la dimostrazione neuroscientifica di una qualsivoglia patologia mentale rischia, per alcuni giuristi, di essere assunta già come prova della sussistenza di un vizio totale o parziale di mente.

Non sarebbe corretto lasciare che dalla presenza o meno di un riscontro neurologico dipenda in maniera esclusiva o comunque preponderante la scusabilità del comportamento deviante, anche perché non è ancora provato che tutte le patologie mentali rilevanti ai fini dell'imputabilità abbiano sempre e comunque un riscontro di tal genere. Non sempre, infatti, il disturbo psichico e non tutte le tipologie di disturbo psichico sembrano lasciare una traccia cerebrale (si pensi, ad esempio, ai disturbi psichici di natura del tutto transitoria, come le reazioni a corto circuito).

Diversamente, il pensiero di altri Autori²⁴⁰, sembra più propositivo verso le neuroscienze e verso il loro potenziale apporto al complesso giudizio del vizio di mente. Le nuove tecniche vengono qualificate come "*momento scientifico e culturale topico*" ed il loro apporto per migliorare il tasso di oggettività e la scientificità delle perizie giudicate come pienamente "*convincente*"²⁴¹.

Le tecniche utilizzate dai neuroscienziati sono molte (lo studio dell'amigdala, del lobo frontale, le ricerche sui c.d. "neuroni specchio"²⁴², gli studi di biologia molecolare e di genetica comportamentale e così via) e sarebbero in grado di individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico ed involontario, ma anche di riscontrare una base neuronale persino nel giudizio morale.

²⁴⁰ Collica M. T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012, 1 ss.

²⁴¹ Merzagora Betsos I., *Il colpevole è il cervello*, cit., 180.

²⁴² Le ricerche sui neuroni specchio consentirebbero di anticipare e capire non solo gli atti motori e fattori razionali, ma anche le emozioni.

In altri termini, nel cervello del soggetto sano ed in quello del oggetto malato queste funzioni opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche. Accade, pertanto, che soggetti con un lobo frontale mal funzionante possano più facilmente commettere illeciti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli, ovvero che, in presenza di una certa componente genetica, eventi traumatici possano generare reazioni aggressive altrimenti non verificabili.

Così è possibile distinguere stabilmente fra un soggetto infermo ed uno normale, ma anche operare una differenziazione all'interno dello stesso tipo di disturbo (ad es. tra schizofrenici violenti e schizofrenici non violenti).

Secondo questa opinione più benevola, gli scenari aperti da questo tipo di studi si rivelano particolarmente interessanti per il giudice. Non soltanto in riferimento all'indagine della diagnosi del disturbo, bensì anche per quella più problematica riguardante il secondo piano del giudizio dell'imputabilità, rispetto al quale la diagnosi descrittiva è, invece, destinata ad esaurire la sua efficacia²⁴³.

Sotto questo aspetto, si ricordi che sono state proprie le Sezioni Unite²⁴⁴ della Suprema Corte ad aver subordinato la rilevanza penale dei disturbi della personalità d un dato quantitativo: l'intensità e la gravità del disturbo. Il perito che intende, pertanto, essere di vero ausilio al giudice deve poter "misurare" questa intensità e gravità. Da qui l'inevitabile interesse per questo ramo della scienza che promette sul punto risposte affidabili.

Ovviamente, seguendo questo punto di vista, il concetto di infermità è destinato a cambiare velocemente, fino ad inglobare anche le suddette situazioni in cui, a causa di un'anomalia o di una lesione, il soggetto mantiene la capacità cognitiva, ma non quella empatica, emozionale e previsionale o di

²⁴³ Così Collica M.T., *Il riconoscimento*, cit., 11.

²⁴⁴ Cass. pen., Sez. un., 25.01.2005, Rado, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

controllo dei propri impulsi. Ai fini della colpevolezza, intesa in senso normativo, il giudizio di non imputabilità o di semimputabilità dovrebbe, dunque, valere anche per costoro. Non si può negare come sia diffusa la convinzione che nella valutazione dell'imputabilità occorra tener conto anche della personalità globale del soggetto, e dunque anche della sua sfera emozionale (sino ai confini, se non oltre, di cui all'art. 90 c.p.).

Le critiche riportate da quanti ritengono che le neuroscienze abbiano solo natura descrittiva e non esplicativa e che la fortuna derivi loro dall'impatto emotivo legato ad *"una sorta di deferenza verso le macchine e le tecniche neuroscientifiche"*²⁴⁵ dei giudicanti, per contro, vengono ritenute facilmente superabili.

La critica della connotazione meramente descrittiva sarebbe, infatti, smentita da quanti ne traggono oltre ad una *"diagnosi descrittiva"*²⁴⁶, che mette in evidenza i sintomi della malattia, anche una *"diagnosi di sede"*²⁴⁷, volta ad individuare la presenza di alterazioni anatomico-funzionali, nonché una *"diagnosi di natura"*²⁴⁸ mirante a riscontrare la riconducibilità dei sintomi all'alterazione, ed infine una diagnosi funzionale volta ad indicare le conseguenze di un certo disturbo, di particolare importanza sul piano forense.

Ulteriore dato, non di poca importanza è la costante trasformazione che subisce la nozione di scienza. Superata l'irraggiungibile aspettativa positivista di conoscenze certe ed immutabili, la nuova prospettiva è quella di una scienza fonte di verità valide nel momento in cui sono formulate, ma fallibili, e dunque superabili, nel futuro. Il problema più rilevante è valutare la correttezza dell'uso delle conoscenze e dei metodi e, ancor prima, capire se quelle

²⁴⁵ Così Bertolino M, *Il "breve" cammino del vizio di mente*, cit., 127.

²⁴⁶ Per diagnosi descrittiva si intende l'identificazione dei sintomi, in questo caso psichici.

²⁴⁷ Per diagnosi di sede si intende l'identificazione dell'alterazione anatomica e funzionale che origina i sintomi.

²⁴⁸ Per diagnosi di natura si intende il meccanismo causativo dell'alterazione anatomica e funzionale che a sua volta è all'origine dei sintomi specificati nella diagnosi descrittiva.

conoscenze e quei metodi poggino su solide basi scientifiche, ma nel senso più moderno del termine: è importante che la decisione poggi su una prova ritenuta valida al momento della sua pronuncia, anche se in futuro queste conoscenze potrebbero essere smentite da ricerche più avanzate.

La consapevolezza dell'instabilità del sapere scientifico non deve, allora, tradursi in cupo scetticismo circa la possibilità di arrivare a decisioni giurisprudenziali oltre ogni ragionevole dubbio, ma piuttosto costituire la premessa di ogni conclusione in cui il diritto è chiamato a fare i conti con la scienza. In un tale contesto, le conclusioni proponibili hanno di per sé una validità probabilistica e non assoluta; ciò che conta è che il metodo utilizzato e gli enunciati conseguenti siano accertati e controllabili.

Ora le neuroscienze, proprio perché basate su un metodo sperimentale, si prestano forse più di altri rami della psicologia classica, ad un controllo di affidabilità dall'esterno, garantendo importanti procedure di ripetizione della prova e di raccolta e analisi statistica dei dati. Sono, tra l'altro, gli stessi specialisti del settore a richiedere che si proceda sempre alla valutazione della scientificità della disciplina che produce la prova, dell'ammissibilità delle prove e, una volta prodotta, del suo risultato.

Riportando l'attenzione all'argomento nello specifico trattato, in tema di imputabilità si ricordi che la responsabilità penale è colpevolezza per il fatto, nel senso di fatto che sia espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. La rimproverabilità del fatto è a sua volta presupposto imprescindibile di una pena in funzione di risocializzazione. Quella pena è una colpevolezza strettamente ancorata al fatto, ma fortemente caratterizzata da coefficienti psichici di attribuibilità di esso all'autore, grazie alla valorizzazione del legame funzionale che intercorre fra illecito ed autore. Non si può rinunciare a questo legame, non si può rendere autonoma dal fatto la colpevolezza, accontentandosi

di una colpevolezza per la condotta di vita, d'autore, dell'atteggiamento interiore.

Allo stesso tempo, però, non si può rendere autonomo dalla colpevolezza il fatto, accettando forme di responsabilità c.d. oggettiva. Il rispetto di questo legame è garanzia di un diritto penale che tutela la dignità dell'uomo e addita il culmine del processo di umanizzazione dell'illecito penale.

Queste premesse teoriche dovrebbero trovare la sede naturale della loro pratica attuazione nel processo penale, al quale è attribuita la funzione cognitiva dell'accertamento dei presupposti sostanziali della responsabilità penale. Spesso, però, le premesse sostanziali sono piegate a logiche probatorie che portano a privilegiare il fatto impersonalmente inteso.

La stessa evoluzione del diritto penale sostanziale alimenta il ricorso a saperi specialistici ed accanto alle scienze "dure" come la chimica, la fisica, ecc., anche le c.d. scienze umane come la psicologia, l'antropologia, inevitabilmente cominciano ad assumere rilievo nell'acquisizione e nella valutazione della prova.

Il principale effetto di questa linea di tendenza è il progressivo assottigliarsi del "senso comune" cioè del repertorio di conoscenze empiriche dell'uomo medio come serbatoio delle regole di inferenza da utilizzare nel ragionamento probatorio. Il fenomeno assume talora dimensioni preoccupanti: lo spostamento della linea di confine tra il sapere comune ed il sapere scientifico rischia di sottrarre all'organo giudicante competenze valutative e decisionali che riesce difficile non considerare appartenenti al suo esclusivo dominio. Da questo punto di vista stabilire quali siano le discipline che possono vantare credenziali di autentica scientificità diventa decisivo per il giudice penale non meno che per il filosofo della scienza.

In particolare, con l'avvento delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità, si percepisce in dottrina la preoccupazione che anche le problematiche dell'autore rischino di diventare vittima di un processo di

oggettivizzazione e di standardizzazione. Ma tutto ciò implica anche il pericolo di una processualizzazione delle categorie dogmatiche sostanziali, nel senso della sostituzione degli elementi costitutivi del reato con canoni probatori, da cui consegue una confusione fra oggetto dell'accertamento e strumento dell'accertamento. L'elemento costitutivo della capacità di intendere e di volere finisce con l'essere forgiato ed assorbito dalla relativa questione probatoria, per la risoluzione della quale, oggi si fa ricorso sempre più spesso alle neuroscienze.

Il rischio che tale operazione implica è di una risposta restrittiva e generalizzante quando si tratta di valutare l'incidenza dell'infermità mentale su quella capacità. Questo fenomeno della trasformazione giurisprudenziale delle categorie sostanziali a fini probatori finisce con il coinvolgere anche i principi, in particolare quello di colpevolezza e di rieducazione della pena allorché è in gioco la categoria delle scusanti. La paura è che i principi si svuotino, perdano i loro connotati sostanziali garantistici: da principi guida, che assicurano fondamento ideologico, spessore culturale e prospettiva critica all'ordinamento penale, retrocedono a pure regole processuali, condizionate dalle vicende probatorie.

Trasposto tutto ciò sul terreno dell'imputabilità, a dare contenuto alla categoria dogmatica del vizio di mente finiscono con l'essere quegli istituti e quelle tecniche probatorie giudicate in grado di garantire l'accertamento delle verità fattuali. Ad essi oggi si vorrebbe attribuire il primato della prova di qualsiasi verità di fatto, poiché *“il diritto pretende di applicarsi ai fatti della vita, e ha senso se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti”*²⁴⁹.

Questo vincolo di realtà che si traduce nel principio della verificabilità o falsificabilità delle ipotesi lungo le quali scorre l'accertamento giudiziale, è parte integrante del sistema penale ed è stato riconosciuto e reso vincolante

²⁴⁹ Pulitanò D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 955.

dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza sul plagio²⁵⁰. In tale decisione la Corte sancisce la necessità che *“nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili”*. E conclude che *“nella dizione dell’art. 25 che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell’intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l’onore di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accettabili”*.

Nemmeno le norme che disciplinano il giudizio sulla capacità di intendere e di volere si sottraggono al vincolo di realtà, nonostante finora la scienza psicopatologica non sia stata in grado di soddisfare le esigenze di certezza che da esse discendono. Si tratta di provare fenomeni psichici e distinguere le diverse patologie psichiatriche ai fini della risposta penale, con la conseguenza di accertamenti sull’infermità mentale incerti e affidati all’arbitrio del giudice, o meglio, del perito.

In questo panorama dell’imputabilità, tecniche diagnostiche come quelle per neuroimmagini potrebbero essere contrabbandate come le uniche risorse probatorie in grado di rispettare quel vincolo, in grado cioè di veicolare quella realtà e, dunque, di assicurare la verificabilità delle ipotesi prese in considerazione. Ciò comporta un monopolio giudiziale dell’applicazione delle norme e un’incidenza della prova sulle categorie sostanziali dell’imputabilità e del dolo, influenzando sui contenuti essenziali di esse.

²⁵⁰ Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, in *Giust. pen.*, 1981, I, 226.

Anzi, le neuroscienze applicate al diritto, soprattutto per l'accertamento dell'infermità mentale, sembrano addirittura poter superare le aspettative dettate dal vincolo di realtà. Le neuroimmagini del cervello, la rilevazione di danni ai lobi prefrontali spingono il giudizio di imputabilità per vizio di mente oltre il vincolo di realtà stesso e, così, esse finiscono per "provare troppo". Al punto da far pensare che il giudizio di imputabilità possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento fattuale di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali. Questo accertamento, però, non basta: è necessario, ma non sufficiente per riconoscere il vizio di mente o al contrario per escluderlo.

L'accertamento patologico si ribadisce che attiene al primo dei due piani in cui si struttura il giudizio di imputabilità nel codice penale. Al piano della diagnosi di infermità segue, infatti, quello relativo alla verifica dell'incidenza della patologia mentale sulla capacità di intendere e di volere. Un giudizio complesso e, così, maggiormente esposto al rischio di sperequazioni applicative anche perché fortemente intriso di momenti valutativi.

2. Neuroscienze e prova scientifica

Prima di addentrarsi nel merito di questo capitolo è opportuno fare qualche riflessione preliminare in merito alla funzione che la scienza è chiamata a svolgere nel procedimento probatorio.

Nel processo penale si cerca di pervenire alla conoscenza di un evento del passato attraverso la diretta percezione di eventi del presente (le prove) che ne costituiscono il segno. Il passaggio dalle premesse alle conclusioni del ragionamento probatorio avviene mediante l'applicazione di regole inferenziali di carattere universale (le regole o massime di esperienza) a loro volta ricavate induttivamente dalla precedente osservazione di casi analoghi. Ad ogni insieme

di dati osservati corrispondono immancabilmente, tuttavia, più ipotesi esplicative; il giudice, pertanto, è chiamato a scegliere l'ipotesi migliore tra quelle formulate abduttivamente sulla scorta dei materiali di prova.

Effettuata la scelta su basi esclusivamente razionali, egli deve poi decidere circa l'esistenza del fatto di reato nel rispetto delle condizioni giuridiche stabilite dal legislatore processuale (gravità, precisione, colpevolezza dell'imputato). Per poter scegliere l'ipotesi migliore si prende in considerazione la semplicità dell'ipotesi ricostruttiva (ossia la maggior compatibilità del maggior numero di dati osservati con una sola causa) che, pertanto, diventa più probabile sul piano logico.

Non solo, si deve tener in considerazione la qualità delle regole di inferenza immesse nel ragionamento probatorio, sia dal punto di vista del loro contenuto (ossia del tipo di collegamento che esse instaurano tra i fatti della classe X ed i fatti della classe Y) che dal punto di vista della loro fondazione (ossia grado di affidabilità connesso alla loro genesi).

Secondo una diffusa opinione²⁵¹ proprio su quest'ultimo versante si manifesterebbe la peculiarità della prova scientifica: la scienza offrirebbe al giudice regole di inferenza particolarmente affidabili perché scientifiche, ossia ottenute con il metodo della sperimentazione, della resistenza a tentativi di falsificazione e così via.

È doveroso precisare però, che ogni scienza ha i suoi paradigmi, i suoi concetti generali, i suoi criteri di validità: nel processo, pertanto, non entra solo un tipo di scienza e un solo tipo di verità scientifica. Il rapporto è tra il processo e le scienze (non la scienza) e si deve fare riferimento alle prove scientifiche (non alla prova scientifica). Non solo, nell'idea del sapere scientifico che sostiene il giudice nella valutazione di un materiale probatorio già acquisito, che si limita cioè ad accompagnare il giudice nel tragitto dalla fonte di prova al

²⁵¹ Cfr. Tonini P., *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1459: "è "scientifica" quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare un fatto ignoto al giudice".

risultato di prova, dalla *evidence* alla *proof*, sembra riecheggiare la vecchia concezione della perizia come strumento esclusivamente valutativo: una concezione superata e smentita dalla stessa lettera dell'art. 220, comma 1, c.p.p.²⁵², che chiama in causa il perito non soltanto quando si tratti di compiere valutazioni, ma anche quando occorra “svolgere indagini” o “acquisire dati”.

In verità lo strumento tecnico-scientifico diventa spesso strumento di ricerca e di formazione della prova (basti pensare all'uso del *Luminol* per l'individuazione delle tracce di sangue). La precisazione è importante perché mutando la proiezione funzionale del ricorso allo strumento scientifico muta, evidentemente, anche il corredo e la natura delle garanzie che ne devono assistere l'utilizzo processuale.

Una delle criticità della prova scientifica è riconducibile alla constatazione che oggi, all'interno del codice di procedura penale, sono presenti contemporaneamente due tipi di norme differenti. Da un lato sopravvivono alcune disposizioni che giungono direttamente dal precedente codice del 1930 e che, quindi, sono state scritte quando ancora il positivismo scientifico era accolto in modo pacifico (si pensi alla disciplina della perizia)²⁵³. Dall'altro lato, vi sono le norme introdotte *ex novo* con il codice del 1988 (con modifiche successive) che si ricollegano al nuovo concetto di scienza ed al principio di

²⁵² Art. 220, 1° comma, c.p.p.: “La perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”.

²⁵³ Nell'impianto del codice del 1930 era sufficiente che il giudice (istruttore) nominasse un perito, il quale aveva l'obbligo di dire la verità e redigere la perizia. Egli individuava in segreto la legge scientifica (unica ed infallibile) e la applicava al caso concreto; poi forniva la propria valutazione al giudice. Allo scienziato si consentiva di fondare una asserzione senza giustificarne né le premesse, né il metodo utilizzato, per il solo fatto che si trattava di “scienza”: a tale soggetto era consentito di provare senza spiegare il perché della sua attività. Si riteneva sufficiente che il perito, alla pari del testimone, avesse un obbligo di verità. Poiché la prova era di proprietà del giudice, ne conseguiva che la perizia si svolgeva in segreto. Quest'ultimo poteva aderire a quanto affermato in perizia e non era tenuto a darne motivazione. Il pubblico ministero non poteva nominare un proprio consulente tecnico perché, appunto, la scienza era unica ed era così sufficiente il perito nominato dal giudice che doveva bastare anche per il pubblico ministero. Se per la pubblica accusa non era prevista la possibilità di nominare un esperto, le parti private potevano avvalersi di consulenti tecnici. Ma questi ultimi avevano solo la possibilità di redigere memorie: gli esperti di parte non erano sottoposti all'esame incrociato, non erano considerati fonti di prova.

contraddittorio (si pensi alla consulenza tecnica fuori dalla perizia, art. 233 c.p.p.²⁵⁴).

Il problema sta nel fatto che ancor oggi, alle volte, la giurisprudenza tende ad interpretare tutte le norme alla stregua dei principi del codice del 1930²⁵⁵. Concezione che appare non più al passo con i tempi, considerate le evoluzioni ed i progressi ottenuti dalla scienza oggi. È noto che il vecchio concetto di scienza “illimitata, completa ed infallibile” è oramai ben che superato, “*di un fenomeno, è possibile cogliere un numero circoscritto di aspetti; e per rappresentare tutti gli aspetti di un fenomeno può non essere sufficiente una sola legge scientifica. Oggi sappiamo che la scienza non è completa, perché non appena altri aspetti del medesimo fenomeno sono conosciuti, la legge scientifica deve essere ampliata o modificata per considerare anche tali profili*”²⁵⁶. Per affermare che una legge è scientifica, non è più sufficiente il “verificazionismo” che si nutre di esperimenti ripetuti, ma è necessario che essa sia sottoposta ai c.d. “tentativi di falsificazione” ovvero ai tentativi di smentita.

Accogliendo questo nuovo punto di vista da cui poter osservare la scienza, quali conseguenze nel processo penale?

²⁵⁴ Art. 233 c.p.p.: “1. Quando non è stata disposta perizia, ciascuna parte può nominare, in numero non superiore a due, propri consulenti tecnici. Questi possono esporre al giudice il proprio parere, anche presentando memorie a norma dell’art. 121.

1bis. Il giudice, a richiesta del difensore, può autorizzare il consulente tecnico di una parte privata ad esaminare le cose sequestrate nel luogo in cui esse si trovano, ad intervenire alle ispezioni, ovvero ad esaminare l’oggetto delle ispezioni alle quali il consulente non è intervenuto. Prima dell’esercizio dell’azione penale l’autorizzazione è disposta dal pubblico ministero a richiesta del difensore. Contro il decreto che respinge la richiesta il difensore può proporre opposizione al giudice, che provvede nelle forme di cui all’articolo 127.

1ter. L’autorità giudiziaria impartisce le prescrizioni necessarie per la conservazione dello stato originario delle cose e dei luoghi e per il rispetto delle persone.

2. qualora, successivamente alla nomina del consulente tecnico, sia disposta perizia, ai consulenti tecnici già nominati sono riconosciuti i diritti e le facoltà previsti dall’art. 230, salvo il limite previsto dall’articolo 225 comma 1.

3. Si applica la disposizione dell’articolo 225 comma 3.”

²⁵⁵ Così Tonini P., *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 3, 361 ss.

²⁵⁶ Tonini P., *Dalla perizia “prova neutra” al contraddittorio sulla scienza*, cit., 361. L’Autore cita un’interessante frase di Albert Einstein “La scienza è un cimitero di teorie superate”.

In primis, bisogna riconoscere che ogni parte ha il diritto di mettere in dubbio l'ipotesi scientifica affermata dalla controparte o dal perito nominato dal giudice: esse hanno il diritto di dimostrare che altre leggi scientifiche sono applicabili al caso in esame e che queste ultime possono offrire al fatto una spiegazione differente.

Non solo, *in secundiis*, deve rendersi applicabile il metodo, *ut supra* accennato, dalla falsificabilità. Il ragionamento è semplice: se la causa del fatto storico era quella ipotizzata, essa, in base alle leggi scientifiche prospettate, avrebbe dovuto provocare anche ulteriori effetti. E allora, occorre che le parti possano indagare se quegli effetti si sono verificati. Se, viceversa, quegli effetti non si sono verificati, allora non si può mettere in dubbio la validità in concreto della legge scientifica ipotizzata.

Inoltre, se la prova a carico dell'imputato deriva dall'applicazione di una legge scientifica, ciò non esime dal ricercare e valutare se, comunque, restano in piedi altre differenti ricostruzioni alternative al fatto storico. L'accusa, infatti, deve escludere ogni ragionevole dubbio.

Le esigenze menzionate trovano tutela in due disposizioni della Costituzione: l'art. 24, comma 2²⁵⁷ (dal quale si ricava quel diritto alla prova che spetta a tutte le parti) e l'art. 111, comma 3²⁵⁸ (ove si stabilisce che l'imputato ha diritto alle "acquisizioni di ogni altro mezzo di prova a suo favore").

Infine, in merito al principio del contraddittorio, nessuna parte può modificare in modo irreversibile la fonte da cui si ricava l'elemento di prova scientifica senza che sia stato instaurato il contraddittorio con la controparte.

²⁵⁷ Art. 24, comma 2, Cost: "*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*".

²⁵⁸ Art. 111, comma 3, Cost: "*Nel processo penale la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico. Disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo*".

Per modificare la fonte di prova occorre che la controparte sia messa in grado di essere presente all'accertamento tecnico con un proprio consulente (si vedano gli artt. 360 c.p.p. per le indagini pubbliche e 391 *decies* c.p.p. per le investigazioni private).

Si può affermare che la struttura del codice del 1988, se pur compatibile con una lettura di "retroguardia" legata al codice del 1930, lo sia anche con una lettura illuminata della nuova prova scientifica²⁵⁹.

Ciò premesso, il sapere scientifico è un prezioso alleato del giudice penale nella ricerca della verità, ma non si può negare allo stesso tempo che si tratti di un alleato insidioso. La riflessione che nasce in merito alla prova scientifica è la seguente: *"come si fa a garantire l'affidabilità e l'attendibilità delle risorse tecnico-scientifiche utilizzate nel processo? Come possono il giudice e le parti esercitare un controllo effettivo su un'attività probatoria in cui un esperto impiega conoscenze che essi non posseggono?"*²⁶⁰. Sullo sfondo non è difficile vedere un problema di responsabilità del giudicante: *"come è stato giustamente osservato, il processo deciso da un responso peritale indecifrabile ed insuscettibile di controllo da parte del giudice è un processo che assomiglia pericolosamente agli antichi riti ordalici. La funzione giurisdizionale torna ad assumere contorni irrazionalistici e superstiziosi: il giudice sfugge alle sue responsabilità per affidarsi nuovamente a qualcosa che, appunto, gli "sta sopra", ieri la divinità, oggi la scienza"*²⁶¹.

²⁵⁹ Si ritiene sarebbe da modificare la figura dei consulenti tecnici, che è stata svincolata dalla perizia, attraverso l'art. 233 c.p.p. in tema di consulenza tecnica extraperitale. I consulenti di parte dovrebbero avere l'obbligo di verità così da essere collocati su un piano di parità rispetto al perito. Quest'ultimo rilievo porta a svelire, in concreto, il ruolo dei consulenti privati, che non riescono a contrapporsi al perito creando le premesse per un contraddittorio vero e proprio. Al tempo stesso, non si può negare che la perizia è ancora interpretata come prova del giudice e gode di un credito particolare, di per sé. Questa convinzione non può che ostacolare il pieno contraddittorio. Ma non solo, il tutto si ripercuote immediatamente sulla motivazione ed induce il giudice ad appiattirsi sulla perizia che, così, rischia di diventare un nuovo tipo di prova legale.

²⁶⁰ Caprioli F., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 09, 3523.

²⁶¹ Caprioli F., *La scienza*, cit., 3523.

In dottrina²⁶² si propone un distinguo delle ipotesi in cui la scienza può diventare una “*cattiva maestra*” del giudice penale:

1. Quando è cattiva scienza, cioè quando si vogliono impiegare nei processi strumenti tecnico-scientifici che non garantiscono in sé e per sé, a prescindere dall'applicazione buona o cattiva che se ne faccia nel caso concreto, un margine sufficiente di affidabilità e attendibilità;
2. Quando è buona scienza applicata male, cioè applicata, nel caso concreto, da cattivi scienziati;
3. Quando è buona scienza correttamente applicata in sede processuale che viene, tuttavia, utilizzata in modo improprio o fuorviante dal giudice in sede di decisione.

1. *Ipotesi della cattiva scienza*²⁶³

Il quesito è semplice: come si deve comportare il giudice di fronte a strumenti tecnico-scientifici di elevata specializzazione che si presentino come nuovi oppure siano ancora controversi quanto alla loro affidabilità ed attendibilità? Il primo riferimento a cui ci si dovrebbe rivolgere sono i criteri stabiliti dalla sentenza *Daubert* della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1993²⁶⁴. In presenza di una prova scientifica nuova il giudice non può limitarsi a constatare passivamente l'esistenza o inesistenza di una generale accettazione nella comunità scientifica di riferimento, ma deve anche valutare criticamente l'affidabilità dei metodi e delle procedure adottate dall'esperto sulla base di una serie di criteri indicati, appunto, dalla sentenza *de qua*²⁶⁵. Se da un lato non vi sono problemi di fondo in

²⁶² Caprioli F., *La scienza*, cit., 3523.

²⁶³ Definita anche “*scienza spazzatura*” o *Bad Science* o *Junk Science* degli americani.

²⁶⁴ Nel proseguo si analizzerà, nello specifico, il testo della sentenza.

²⁶⁵ I criteri sinteticamente sono: l'accettazione generale da parte degli studiosi della materia; il grado di controllabilità e falsificabilità del metodo scientifico; l'esistenza di una revisione critica da parte degli esperti del settore; l'indicazione del margine di errore conosciuto; la rilevanza diretta e specifica delle conoscenze acquisibili rispetto ai fatti di causa e così via.

merito all'applicabilità di tali criteri anche da parte del giudice italiano, dall'altro, più discusso è il problema relativo alla sede ed i parametri normativi in cui ciò debba accadere.

Il vaglio di affidabilità dello strumento scientifico va operato in sede di valutazione della prova. Il giudice, pertanto, ha un duplice onere: deve acquisire gli elementi di conoscenze necessari per esprimere un simile giudizio (sia tramite il contraddittorio delle parti, sia avvalendosi dei suoi poteri ufficiosi) e deve adeguatamente motivare sul punto. Il giudice, pertanto, non deve trasformarsi in scienziato, ma deve saper valutare il tasso di "scientificità" della tecnica probatoria adottata.

Il problema più delicato è stabilire se ed in che misura l'applicazione di questi criteri possa venire anticipata al momento della ammissione della prova, al fine di tutelare il principio di ragionevolezza dei tempi del processo e per ragioni di profilassi cognitiva, dovendo essere evitati rischi di svolgimento di attività processuali inutili e rischi di inquinamento dell'attività istruttoria che derivano dall'acquisizione di elementi conoscitivi adulterati. È doveroso, però, specificare che non sempre è possibile effettuare *ex ante* la valutazione di affidabilità dello strumento tecnico-scientifico perché non sempre si sa in anticipo quale strumento verrà concretamente adottato.

Il giudice, infatti, quando conferisce un incarico, deve indicare "*l'oggetto delle indagini*", ma non è tenuto ad indicare e conoscere la tecnica di accertamento che verrà usata dal perito, cioè le "operazioni necessarie per rispondere ai quesiti" a cui allude l'art. 228 c.p.p.. Analogamente può dirsi per le operazioni che l'esperto può effettuare in sede di esperimento giudiziale (art. 219 c.p.p.) o per le concrete modalità attraverso le quali lo psicologo infantile può prestare il suo ausilio nel corso dell'esame testimoniale del minore (art. 498, comma 4, c.p.p.). In altre ipotesi, invece, la valutazione preventiva di affidabilità è possibile come ad esempio

l'accertamento tecnico irripetibile effettuato nel corso delle indagini i cui esiti si vogliano acquisire a dibattimento oppure alla perizia o all'esperimento giudiziale di cui sia possibile prefigurare con esattezza le concrete modalità operative.

Ma se lo strumento tecnico-scientifico è nuovo o controverso si applica l'art. 189 c.p.p.²⁶⁶? La norma *de qua* è nata con il preciso intento di regolare situazioni di questo genere, *"il principio di tassatività temperata accolto nell'art. 189 c.p.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento per evitare eccessive restrizioni ai fini dell'accertamento della verità, tenuto conto del continuo sviluppo tecnologico che estende le frontiere dell'investigazione, senza mettere in pericolo le garanzie difensive"*²⁶⁷. Accogliere questa opinione ha risvolti positivi: rispecchia le intenzioni del legislatore, rivitalizza una disposizione di legge altrimenti destinata ad una sostanziale disapplicazione, individua un luogo processuale (l'udienza di audizione delle parti) nel quale potrebbe trovare terreno fertile quella cultura dei rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario che si è visto essere indispensabile per evitare al giudice ed alle parti di cadere nelle "trappole" della scienza. Si ritiene, però, esservi un ostacolo all'accoglimento *tout court* di questa proposta esegetica.

L'art. 189 c.p.p., infatti, troverebbe applicazione solo in presenza di strumenti scientifici nuovi o ancora controversi, ma, anche a prescindere dal carattere largamente discrezionale della valutazione che andrebbe operata dal giudice in ordine alla sussistenza dei requisiti, la norma non fa alcuna distinzione al riguardo²⁶⁸. Doveroso, pertanto, dar spazio anche

²⁶⁶ Art. 189 c.p.p.: 1. *Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione sentite le parti sulla modalità di assunzione della prova.*

²⁶⁷ Caprioli F., *La scienza*, cit., 3526.

²⁶⁸ Caprioli F., *La scienza*, cit., 3524, l'Autore si chiede: *"Perché, ci si potrebbe domandare, non applicare l'art. 189 c.p.p. anche per vagliare le concrete modalità operative dell'esame autoptico, anch'esse, in*

ad altre soluzioni con le quali affidare ad altre norme processuali il compito di garantire il vaglio preliminare di attendibilità dello strumento scientifico: il riferimento è all'art. 190 c.p.p.²⁶⁹ (la prova non autenticamente scientifica è “manifestamente irrilevante”), nonché con riferimento alla perizia ed alla consulenza tecnica, agli stessi artt. 220, 225 e 233 c.p. (il perito o il consulente tecnico che si affidi ad una “cattiva scienza” non sarebbe in possesso delle competenze scientifiche richieste per la sua nomina).

2. Ipotesi dello scienziato cattivo

In questo caso, è necessario far leva sul principio del contraddittorio “per” la prova e “sulla” prova. Da un punto di vista giuridico si dovrebbero colmare le lacune che ancora impediscono il pieno dispiegarsi del diritto al contraddittorio nei confronti di talune prove scientifiche. L'esempio può essere quello degli accertamenti sulla scena del crimine che vengono compiuti molto spesso quando ancora manca un indagato che possa esercitare i suoi diritti difensivi. Dovrebbero predisporre protocolli operativi molto rigidi per ciò che riguarda sia le condizioni di utilizzo delle tecniche di accertamento, sia la refertazione e la conservazione dei materiali probatori analizzati.

Da un punto di vista culturale, invece, si dovrebbe trovare un linguaggio il più possibile comune ai soggetti del processo ed al testimone esperto. La dottrina, infatti, rileva che *“molto spesso è sul terreno dei codici comunicativi che scatta il corto circuito tra scienza e processo: difficilmente, è stato scritto, il*

fondo, “non disciplinate dalla legge”? E perché, d'altra parte, non estendere il test di ammissibilità anche a discipline e metodiche di accertamento ormai comunemente accettate come “scientifiche” nella prassi giudiziaria, ma la cui reale “scientificità” andrebbe seriamente rimeditata?”.

²⁶⁹ Art. 190 c.p.p.: “1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti.

2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.

3. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio”.

giudice è in grado di intendere in modo non superficiale ciò che l'esperto gli dice, ma esiste anche un problema per certi aspetti inverso, che riguarda le difficoltà per lo scienziato di intendere il linguaggio del giurista, e quello del giudice in particolare"²⁷⁰. Non è difficile comprendere come, dal dibattito tra giuristi e scienziati, in cui ognuno si aspetta dall'altro definizione certe di fenomeni complessi, il contraddittorio ne esca inevitabilmente ridimensionato, se non addirittura vanificato. Forse retorico, ma doveroso sarebbe uno sforzo reciproco di comprensione ed avvicinamento, da compiere sul campo dell'aggiornamento e della formazione professionale.

In particolar modo, infatti, non si può non rilevare come uno dei rischi più concreti dell'applicazione delle neuroscienze al mondo del diritto, sia quello della *mala comunicazione* e del *fraintendimento*. Considerate le diversità di metodo e di discorso tra scienza e diritto, spesso si incespica nell'equivoco tra i quesiti posti dal giudice e le risposte date dagli scienziati. Il pericolo più concreto è che le risposte date dalla scienza non siano le risposte alle domande poste dai giudici²⁷¹.

3. Sovrapposizione di due diverse epistemologie del giudizio: quella scientifica e quella giudiziaria

La prova scientifica si presenta con credenziali di particolare attendibilità e forza persuasiva rispetto agli standard ordinari del giudizio penale. Affermare che un dato è "scientificamente provato" allude ad una prova caratterizzata da un tasso elevato di valore dimostrativo. Alla crescita del livello di scientificità delle prove penali potrebbe dunque accompagnarsi un fisiologico innalzamento dei livelli di prova richiesti per l'affermazione

²⁷⁰ Caprioli F., *La scienza*, cit., 3526.

²⁷¹ Cfr. Sammiceli L., Sartori G., *Delitti, geni, follia*, in Vignera R. (a cura di), *Neodarwinismo e scienze sociali*, Milano, 227; "il pericolo [...] è che le risposte date dalla scienza non siano le risposte alle domande poste dai giudici. Che si possa verificare dunque un pericoloso fenomeno di travisamento ("miscommunication") nello stesso percorso di "expertise": "Science describe things in being, while law applies artifices to determine justice. Therefore, the "answers" given by science are not answers to question posed by law".

della responsabilità dell'imputato. Si può correre, così, il rischio che la prova "non scientifica" esca mortificata dal confronto fino ad essere ritenuta non più idonea a supportare un verdetto di colpevolezza. Esiste, però, anche un rischio inverso, ovvero che la conoscenza scientifica possa entrare nel processo penale portando con sé tutta la sua debolezza ed instabilità delle sue basi filosofiche con l'effetto di minare le stesse fondamenta razionali della decisione giudiziaria.

Possiamo affermare che chi usa la conoscenza (scientifica o meno) per infliggere sanzioni penali non possa permettersi il lusso di metterne in discussione le basi razionali. Così come la legge processuale agli artt. 192, comma 1, 546, comma 1, lett. e) e 606, comma 1, lett. e) c.p.p., anche il processualista deve dare per scontato che le decisioni del giudice possano vantare una loro giustificazione razionale, suscettibile di comunicazione intersoggettiva.

L'impiego, quindi, delle neuroscienze nel processo penale ripropone il problema del confronto fra la prova fornita dalla scienza e gli standard probatori e di giudizio applicabili in sede processuale. Trattasi di un intreccio complesso, visibile soprattutto in tre diversi momenti dello sviluppo dibattimentale.

Il primo è quello relativo al giudizio sull'ammissibilità della prova in questione che pone il giudice di fronte alla scelta del "giusto metodo scientifico" al fine di acconsentire solo ad un metodo scientifico affidabile e non fallace di entrare a far parte dell'insieme delle emergenze processuali a sua disposizione, momento, questo, che il più delle volte viene omesso perché questa validità del metodo è data per implicita o non è in discussione. Ciononostante trattasi di una verifica necessaria quando le tecniche utilizzate sono innovative od oggettivamente controverse.

Il secondo attiene alla "giusta applicazione" del *know how* scientifico acquisito al processo, ossia alla valutazione del peso specifico che la prova

precedentemente ammessa eserciterebbe nel quadro complessivo delle evidenze disponibili.

Il terzo livello di difficoltà da superare riguarda la “giusta decisione” che spetta sempre al giudice²⁷², rappresenta uno dei temi più delicati dell’esperienza giudiziaria ed è destinato ad acquisire un sempre maggior rilievo nel processo sia per l’evoluzione delle conoscenze scientifiche, sia per l’introduzione, nel nostro ordinamento, di strumenti processuali maggiormente adeguati alla ricerca della verità processuale.

In merito al primo punto (ammissione della prova), dovrebbero trovare applicazione i criteri introdotti con la sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul caso Daubert²⁷³, successivamente poi anche approfonditi dalla dottrina ed applicati dalla giurisprudenza²⁷⁴. In questa fase, la ponderazione che il giudice è chiamato a svolgere circa l’ammissibilità *ex ante*, rispetto all’accertamento della verità processuale, di un’evidenza scientifica “forte ed oggettiva” (quale quella insita nel ritratto cerebrale o genetico del soggetto), per quanto difficile possa essere sul piano pratico, può sempre contare su un preciso paradigma concettuale.

Il momento in cui si avverte maggiormente la mancanza di un adeguato apparato concettuale e metodologico è quello successivo in cui il giudice deve verificare che un metodo scientifico “giusto” sia stato applicato nel modo “giusto” dagli esperti, tenendo conto della qualità del lavoro svolto prima ancora del risultato raggiunto. Ed, in particolare, quando si tratta di accertare la capacità di intendere e di volere del singolo e siano presenti pareri tecnici discordanti, la questione non può che complicarsi ulteriormente. In tal senso il

²⁷² Così Messina G., *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1, 257.

²⁷³ Daubert v. Merrel Dow Pharm., Inc., 509 U.S. 579, 591-95.

²⁷⁴ Si veda in tal senso il paragrafo successivo.

giudice deve disporre di linee guida, di criteri di orientamento che funzionino come *“una carta nautica per muoversi nel mare tempestoso dell’infermità mentale”*²⁷⁵.

Si può ritenere che l’esperienza maturata dalle giurie nordamericane possa costituire un utile termine di paragone, soprattutto alla luce della recente tendenza a valutare criticamente le testimonianze rese dagli esperti, cioè con riguardo a tutti gli altri dati empirici emersi nel corso dell’istruttoria dibattimentale²⁷⁶. Questo metodo potrebbe aiutare a colmare le lacune in materia evitando che il giudice accolga passivamente le tesi scientifiche quali *“verità assolute”*, anziché quali strumento di conoscenza umana della realtà, perciò sempre irrimediabilmente limitato, incompleto e fallibile. L’individuazione di ulteriori e significativi indicatori potrebbe permettere al giudice di analizzare criticamente il contenuto dei pareri tecnici forniti dagli esperti soprattutto quando questi ultimi si sono avvalsi di tecniche sperimentali ed innovative come quelle offerte dalle neuroscienze.

L’individuazione di ulteriori e significativi indicatori incide positivamente sull’ampiezza e sulla rilevanza del controesame, strumento processuale privilegiato per la conoscenza e la valutazione della prova, capace di far emergere tanto i punti di forza quanto le incongruenze nelle asserzioni degli esperti e fornire, così, al giudice numerosi argomenti per la sua decisione da sviluppare poi in motivazione. Il che assume un’importanza cruciale se si considera che il principio del contraddittorio nella formazione della prova ha oramai rango costituzionale nell’art. 111, 4 comma, Cost.²⁷⁷.

²⁷⁵ Bertolino M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 341.

²⁷⁶ Già all’indomani della sentenza *Daubert* è stato intrapreso un percorso di elaborazione e applicazione dei c.d. *“additional factors”* per la valutazione della prova scientifica in giudizio, quali ad esempio il grado di specializzazione rispetto alla materia assicurato dall’esperto, la sua professionalità, credibilità nel mondo scientifico, ecc. Elementi tutti utili per valutare la rilevanza concreta delle testimonianze degli esperti nell’ambito del processo.

²⁷⁷ Art. 111, comma 4, Cost.. *“Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni*

L'avvento delle neuroscienze nel processo penale richiama in qualche modo la necessità di capire la scienza per farne buon uso, studiandone i registri comunicativi ed opponendosi alle insidie di un'erronea traduzione dei loro risultati di una sopravvalutazione del loro ruolo nell'accertamento della verità processuale. Il giudice dovrebbe, quindi, riuscire ad esercitare la propria funzione al riparo dalla possibilità di ridursi a mero certificatore delle risultanze psichiatriche ossia a giudice burocrate le cui capacità di valutazione e decisione risultino annullate dinanzi alla pretesa neutralità ed oggettività della prova offerta dagli esperti o, dall'altro lato, di trasformarsi in giudice tecnocrate il quale, viceversa, pretenda di fare a meno della prova scientifica, in quanto strutturalmente inesatta e falsificabile, e di ricostruire sulla base di inferenze più o meno intuitive la propria verità processuale.

Il paradosso potrebbe apparire insito in una prova che viene veicolata nel processo da colui il quale per definizione, è più esperto e competente nel singolo settore epistemologico o tecnico ma che, nello stesso tempo, deve sempre essere sottoposta ad una necessaria valutazione di validità da parte del medesimo giudice, in qualità di *peritus peritorum*. Per poterlo superare è indispensabile attribuire a quest'ultima formula il corretto significato, evitando di farne un grimaldello per l'ingresso di prove in contrasto con gli *standard* rigorosi del processo penale. Gli strumenti sono da ricercare all'interno del sistema processuale e dei suoi fondamenti costituzionali²⁷⁸.

Le ragioni delle difficoltà che si incontrano nella valutazione della prova scientifica sono evidenti: alcune sono connaturate alla natura stessa dell'accertamento giudiziario che mai (o quasi mai) può riprodurre in laboratorio gli accadimenti passati e che quindi costituisce un cammino

rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore".

²⁷⁸ Si possono rilevare riferimenti a strumenti simili agli accennati *additional factors* statunitensi già nelle pronunce della Suprema Corte, si veda Cass. pen., sez., IV, 17 settembre 2010, n. 43786, C. e altro, in Cass. pen., 2011, 5, 1679 ss. che verrà approfondita nelle prossime pagine.

retrospettivo, privo di certezze, di quanto avvenuto in precedenza secondo un criterio di conoscenza che viene qualificato abduzione²⁷⁹. Ma il tema della valutazione della prova scientifica ha spesso caratteristiche proprie di maggior difficoltà rispetto alla valutazione di altre prove perché mentre gli strumenti culturali a disposizione del giudice per la valutazione di prove diverse sono patrimonio di tutti i giudici e ciascuno di essi dovrebbe averne di adeguati per assolvere il difficile compito di valutare la prova, ciò non avviene per la prova scientifica perché il giudice non è normalmente dotato delle necessarie conoscenze e conseguentemente non può, nella maggior parte dei casi, valutarla senza la mediazione dell'esperto²⁸⁰.

Ciò presuppone una specifica formazione ed un continuo aggiornamento sia degli esperti chiamati a operare nelle aule giudiziarie, sia dei giudici che devono aprire queste ultime alla scienza. I primi devono imparare ad usare una metodologia standardizzata, confrontabile, ripetibile e comprensibile dal giudice, accettando di rivedere eventualmente la propria formazione ed impostazione, nonché di sottostare alle regole processuali. I secondi devono essere disponibili ad acquisire conoscenze nuove, estranee al sapere scientifico tradizionale, ma indispensabili per consentire il vaglio giudiziale di alcune questioni.

Il giudice, in particolare, dovrebbe modificare il proprio ruolo divenendo un "custode del metodo" (*gatekeeper*). Egli, cioè, dovrebbe assumere il potere-dovere di decostruire le affermazioni degli esperti se, in base ai criteri richiamati, e non solo, dovessero emergere ragionevoli dubbi sulla loro validità,

²⁷⁹ Il ragionamento di tipo abduttivo muove da un fatto particolare per arrivare ad affermare l'esistenza di un altro fatto particolare, che costituisce l'antecedente causale del primo, passando attraverso una regola scientifica o di comune esperienza. La particolarità del ragionamento abduttivo sta in ciò: la regola che fa da ponte tra il fatto osservato e il suo antecedente causale si ottiene formulando una ipotesi probabile.

²⁸⁰ Ben diverso, infatti, il caso in cui il giudice debba valutare l'attendibilità di un testimone: il giudice utilizza le regole d'inferenza o le massime di esperienza a sua disposizione e può fondare il suo giudizio su regole che sono di comune accettazione (è più attendibile il teste estraneo rispetto a quello legato da vincoli di amicizia o parentela).

ma nello stesso tempo adeguarsi alla loro conclusione se correttamente costruita. Il giudice, si precisa, *“potrà tener conto o meno della perizia, ma non disattenderla nel suo risultato finale, altrimenti si arrogherebbe un sapere che non possiede ragione esatta per cui chiama, nel processo, il perito a renderlo edotto sul punto”*²⁸¹. Peraltro, proprio i casi di comunanza delle conclusioni fra gli esperti, a vario titolo coinvolti nel processo, proverebbero che se il lavoro è svolto seriamente, l’analisi possibile è una sola.

In questo modo, il ruolo tradizionale del giudice di *peritus peritorum*, da tempo messo in discussione e qualificato una mera “illusione”, viene, se non superato, quantomeno reinterpretato, depurandolo da ogni pretesa di autosufficienza per riviverlo in termini moderni.

Un nuovo ruolo, quindi, per un giudice che sia garante dell’attendibilità delle prove scientifiche e, dunque, supervisore dell’accertamento processuale. Ciò lo conduce, *in primis*, a verificare la competenza e la capacità scientifica dell’esperto, deducibili ad esempio dalle esperienze pregresse di natura professionale, didattica e giudiziaria, dalle eventuali pubblicazioni in riviste specializzate e così via. Qualora, invece, la prova scientifica sia di tipo innovativo, può essere utile richiedere direttamente la documentazione sulla validità del metodo proposto e valutare l’idoneità esplicativa della ricostruzione prospettata.

Non si può negare trattarsi di una funzione quanto mai delicata ed importante, che garantisce la possibilità per il giudice di confutare le conclusioni dei periti se dovesse permanere il ragionevole dubbio sulla validità degli strumenti adoperati per formularle, ma che, al contrario, deve fare proprie se correttamente raggiunte.

Se in relazione alla diagnosi del disturbo il compito del giudice *“può limitarsi al controllo della correttezza del metodo, rimanendo subordinato al parere del*

²⁸¹ Collica M.T., *Il riconoscimento*, cit., 19.

*perito, o meglio della perizia collegiale se correttamente svolta, in merito al secondo piano del giudizio di imputabilità si profila la forte opportunità di una piena collaborazione tra giudice ed esperto*²⁸². Ciò in particolare con riferimento alla ricostruzione criminodinamica o criminogenetica del delitto: queste fasi, pertanto, costituiscono l'anello di congiunzione tra l'aspetto psicopatologico e quello normativo del giudizio di imputabilità. Potrebbe così risultare possibile un collegamento tra i due momenti del giudizio medesimo, che consente di superare la tesi, che vuole, al contrario, nettamente separati il ruolo del perito e del giudice, diagnostico-cognitivo il primo e normo-valutativo il secondo.

Seguendo tale metodo, la funzione dello psichiatra forense si impregna di una componente valutativa su questioni comunque aderenti alle sue conoscenze e giammai su tematiche sconfinanti nella metafisica. Si tratta ovviamente della parte più delicata della perizia e più soggetta ad eventuali errori, se non supportata da una rigorosa procedura metodologica. Fondamentale, pertanto, diventa il confronto tra i dati clinici ricavati dal perito e gli elementi contenuti negli atti processuali, quali acquisizioni documentali e testimoniali. Così facendo si rispetta anche quel processo di verifica-falsificazione che si è posto a fondamento dell'ammissibilità delle prove scientifiche in ambito forense ed indispensabile per restituire validità alla ricostruzione dell'esperto.

Il giudice, da parte sua, potrà godere di una base empirica per la decisione finale, non senza aver prima provveduto a guidare l'operato dello psichiatra fornendogli le nozioni giuridiche necessarie per l'individuazione dell'oggetto dell'indagine, a ricondurre l'incapacità accertata all'istituto penalistico che viene di volta in volta in gioco ed, ancora, a controllare il rigore metodologico ed argomentativo del procedimento da costui utilizzato.

Di conseguenza, anche il secondo piano di giudizio dell'imputabilità, che si ritiene tradizionalmente di tipo normo-valutativo, si arricchisce di

²⁸² Collica M.T., *Il riconoscimento*, cit., 19.

componenti di tipo empirico-psicologico caratterizzanti tradizionalmente solo il primo piano del giudizio medesimo. La necessità di un accertamento fattuale nell'indagine dell'imputabilità degli infermi autori di reato vale, in via esclusiva, per la diagnosi del disturbo psichico, ma sta alla base anche della valutazione normativa compiuta dal giudice circa l'incidenza della malattia mentale sulla capacità di intendere e di volere del reo al momento del fatto, ed è grazie a questa base empirica di riferimento che è possibile recuperare la scientificità del giudizio di imputabilità.

2.1. La Cassazione ed i criteri della sentenza Daubert

Si è avuto modo di nominare più volte l'importanza che la sentenza *Daubert* della Corte Suprema degli Stati Uniti ha avuto anche nel panorama del diritto italiano e, pertanto, è doveroso dedicare un piccolo approfondimento ai criteri che la stessa ha individuato e che sono, oggi, divenuti fondamentali anche nelle aule di tribunale italiane.

In particolar modo, è la pronuncia della Corte di Cassazione, sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786²⁸³, che si deve analizzare in quanto la stessa non solo accoglie i tradizionali criteri enunciati dalla Corte Suprema, ma in più aspetti li amplifica. Agli ormai consueti requisiti, la Cassazione, infatti, aggiunge i nuovi requisiti dell'affidamento e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.

In materia di prova scientifica, inoltre, se è assodato che vi sia bisogno di smentita della legge applicata nel caso concreto non è accettabile che ciò non debba avvenire quando nel processo penale sono utilizzate le massime di

²⁸³ Cass. pen., sez. IV, Cozzini e altri, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1679. Si veda la nota di Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 11, 1341 ss.

esperienza. Anzi, il tentativo di smentita è reso ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono sperimentabili e non sono generali perché le regole del comportamento umano ammettono eccezioni.

Ma andiamo con ordine.

Nella motivazione della sentenza in commento, sono riproposti i medesimi criteri enunciati nella sentenza Daubert, che è stata pronunciata dalla Suprema Corte degli USA nel 1993 e che ha precisato gli indici in base ai quali si deve stabilire se un determinato metodo costituisce o meno una conoscenza scientifica.

I criteri di affidabilità del metodo scientifico ritenuti validi sono:

1. *Verificabilità del metodo.* Il primo carattere che la conoscenza scientifica deve possedere è quello della verificabilità: una teoria è scientifica se può essere controllata mediante esperimenti.
2. *Falsificabilità.* La teoria scientifica deve essere sottoposta a tentativi di smentita, i quali, se hanno esito negativo, confermano la sua affidabilità.
3. *Sottoposizione al controllo della comunità scientifica.* Si chiede che il metodo sia stato reso noto in riviste specializzate in modo da essere sottoposto alla c.d. *peer review*²⁸⁴.
4. *Conoscenza del tasso di errore.* Occorre che al giudice sia reso noto, per ogni metodo proposto, la percentuale di errore, accertato o potenziale, che quel metodo comporta.
5. *Generale accettazione.* Soltanto a questo punto il giudice deve considerare se il metodo proposto gode di una generale accettazione nella comunità degli esperti. Tuttavia, si tratta di un criterio ausiliario, ma non indispensabile, poiché la scienza maggioritaria è superabile da un metodo più recente.

²⁸⁴ Il processo di *peer review* (letteralmente, revisione dei pari) è il sistema con cui viene valutata la qualità di una ricerca, per decidere se pubblicarla su una rivista o finanziarla. In pratica, prima dell'accettazione ufficiale, l'elaborato presentato alla rivista o il progetto di ricerca sono sottoposti al giudizio di altri scienziati, detti *referee*, esperti nello stesso campo dell'autore e scelti nella comunità internazionale. Per garantire l'imparzialità, l'identità dei *referee* rimane segreta.

In base a queste regole, il giudice diventa il guardiano (*gatekeeper*) del metodo: egli deve vagliarne la effettiva scientificità.

Ripercorrendo il ragionamento della Corte di Cassazione, la stessa si pone il problema di definire quale debba essere l'itinerario razionale di un'indagine che si colloca su un terreno non proprio nuovo, ma caratterizzato da lati oscuri, da molti studi contraddittori e da un vasto dibattito internazionale.

Il primo passo da muovere è quello di valutare la qualificazione e l'imparzialità dell'esperto, ma quest'ultimo, per quanto autorevole e coinvolto personalmente nell'attività di studio e ricerca, costituisce solo una voce che, pur qualificata, esprime un punto di vista personale, scientificamente accreditato, ed appunto perché personale rischia di offrire, forse, una visione incompleta del tema.

Su questi basi, il giudice di merito può trovarsi nella condizione di non poter esprimere con piena cognizione di causa il finale giudizio demandatogli in ordine all'affidabilità dell'enunciazione scientifica. Si tratta, infatti, di definire, ben più ampiamente, quale sia lo stato complessivo delle conoscenze.

Qual è, dunque, il metodo che deve orientare la ricerca in ordine all'affidabilità dell'enunciato scientifico? La Corte riconosce come sul tema non manchi una copiosa letteratura, anche ricca di implicazioni filosofiche. Il Giudice penale deve prudentemente attenersi ad un atteggiamento di grande prudenza; egli deve *"evitare di perdersi in oscure dispute; di mettere la risoluzione delle controversie nelle mani di qualche Autorità; di corrodere gli strumenti euristici, fondamentalmente basati sulla logica, sulla disinteressata attenzione dei fatti e sulla dialettica processuale, che governano il raffinato sistema di conoscenza del fatto proprio della giurisprudenza, da più parti visto come esemplare"*²⁸⁵.

I problemi epistemologici sono importanti e non devono essere trascurati, ma nello stesso tempo devono essere guardati con distacco. Infatti, alcuni filosofi della scienza ritengono che la base della scientificità di un enunciato sia

²⁸⁵ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, C. e altro, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1679 ss.

costituita dalla sua conferma induttiva; per altri, invece, l'induzione "non esiste" ed è piuttosto la falsificabilità dell'ipotesi ad essere la chiave di volta del metodo scientifico e così via. Per poter pronunciare buone sentenze non è necessario preferire l'una o l'altra tesi, anche se il dibattito epistemologico, e ancor di più, le criticità dell'esperienza giudiziaria forniscono importanti indicazioni.

La Suprema Corte ritiene che per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono: *"le basi fattuali sui quali essi sono condotti l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per cui si muove"*²⁸⁶.

Spesso accade che vi siano una varietà di teorie in opposizione. Dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni è doveroso tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente lo specifico caso esaminato: una teoria, quindi, su cui si registri un preponderante, condiviso consenso.

Pacifico che il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un'indagine siffatta: le informazioni relative alle diverse teorie ed alle differenti scuole di pensiero dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti, i quali non dovranno essere chiamati ad esprimere solo il loro personale, seppur qualificato, giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al

²⁸⁶ Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, cit., 1685.

giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una “metateoria” in grado di guidare affidabilmente l’indagine.

Il giudice deve rendere conto, di tutta questa complessa indagine, in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell’apprezzamento compiuto. La Corte di Cassazione conclude il paragrafo affermando che essa stessa *“ha la consapevolezza di indicare al giudice di merito un compito assai impegnativo. D’altra parte, le difficoltà non possono essere nascoste, ma vanno poste in luce e, se possibile, vanno risolte [...] l’itinerario appare concretamente percorribile. Del resto, considerati i conflitti che dividono esperti e giudici, tale itinerario appare come l’unico strumento per risolvere un dubbio inquietante, gravido di possibili errori di giudizio”*.

Analizzando quanto affermato dalla Corte si può rilevare come non solo la sentenza accolga i criteri della sentenza *Daubert*, ma in qualche modo, come già affermato, li amplifica. Oltre ai consueti parametri della verificabilità, falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore e della generale accettazione nella comunità di esperti, la Cassazione aggiunge i nuovi requisiti dell’affidabilità e dell’indipendenza dell’esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.

La sentenza in esame concerne il momento della valutazione delle contrapposte teorie scientifiche e non le si può non riconoscere una certa autorevolezza sul punto. Non solo, ciò che è stato affermato per la fase della “valutazione” non può non valere anche per la fase della “ammissione” della prova che richiede l’applicazione di un metodo scientifico, quando questo metodo è controverso (sarebbe illogico che i criteri di valutazione debbano essere diversi da quelli di ammissione).

Infatti, “se una parte dovesse aspettare di sapere al momento della motivazione della sentenza che la prova, della quale ha ottenuto l’ammissione, è reputata non scientifica, sarebbe leso il diritto alla prova poiché la parte stessa si troverebbe priva di strumenti argomentativi e potrebbe non avere più la possibilità di reperire elementi a suo favore. Infatti, la prova scientifica è tra le più deperibili, se non assunta con immediatezza”²⁸⁷.

Accettando questo corollario si avvalga anche quanto sostenuto da quella dottrina che prospetta una implementazione dei requisiti previsti nel codice per la prova atipica ex art. 189 c.p.²⁸⁸ Considerata la lacuna legislativa nella predisposizione dei parametri di apprezzamento della scientificità della prova, l’orientamento dottrinale menzionato ha proposto di colmare la lacuna mediante lo strumento dell’integrazione analogica: vi sarebbe un’identità di *ratio* tra il mezzo di prova atipico ed il nuovo metodo scientifico del quale si chiede l’ammissione nel processo penale. Di conseguenza, i nuovi metodi scientifici devono essere ammessi dal giudice sulla base dei criteri che sono posti alla base dall’art. 189 c.p.²⁸⁹. Si potrebbe pensare, quindi, che il requisito dell’idoneità ad assicurare l’accertamento dei fatti è così generale da poter essere integrato dai criteri elaborati dalla sentenza *Daubert*, al punto da ritenerli operati nel nostro ordinamento.

Questa tesi “ha il merito di consentire un ingresso controllato nel processo alle nuove tecnologie scientifiche che ancora non abbiano ottenuto un consenso generalizzato da parte della comunità scientifica. Il giudice è il guardiano (*gatekeeper*)

²⁸⁷ Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, cit., 1344.

²⁸⁸ Dominioni O., *L’ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier, *La prova scientifica nel processo penale*, 2008, 21,22.

²⁸⁹ Ovvero: l’idoneità del metodo ad assicurare l’accertamento del fatto, l’assenza di pregiudizio per la libertà morale della persona interessata, la preventiva indicazione delle modalità di assunzione della prova, sulla quale il giudice deve sentire il parere delle parti.

*del metodo: in passato, la prova scientifica era definita tale ex ante; adesso è il giudice che deve vagliarne la reale scientificità*²⁹⁰.

Sul piano teorico, però, questa tesi rischia di ingenerare l'equivoco di considerare la nuova prova scientifica come necessariamente atipica, quando, in realtà, il mezzo di prova richiesto per applicare il nuovo metodo scientifico è quasi sempre la perizia. Il principio di legalità della prova induce a ritenere preferibile la tesi in base alla quale già la disciplina generale sull'ammissione delle prove tipiche (art. 190 c.p.p.) consente un vaglio sulla idoneità accertativa della prova richiesta.

In conclusione: se il metodo innovativo richiede l'esperimento di un mezzo di prova atipico si applicherà la disciplina dell'art. 189 c.p.p.; qualora, invece, l'applicazione di un tale metodo sia richiesta nell'ambito di un mezzo di prova tipico (es. perizia) sarà possibile far ricorso all'art. 190 c.p.p.

E nell'ipotesi in cui vi siano delle tesi in irrisolto conflitto, conflitto che non riesce a trovare soluzione nemmeno in concreto, allora la conseguenza inevitabile sarà l'applicazione della regola dell'“*al di là di ogni ragionevole dubbio*”.

Un ultimo approfondimento va dedicato al criterio della possibilità di smentita della legge applicata nel caso concreto. A parere di alcuni Autori²⁹¹ questo criterio deve essere applicato anche quando nel processo penale sono utilizzate le massime di esperienza, considerato che queste ultime non sono sperimentabili e non sono generali, visto che le regole del comportamento umano ammettono eccezioni; “*è inaccettabile che, in materia di regole di esperienza, l'accertamento giudiziale continui a basarsi soltanto su quello che sembra avvenire*”.

²⁹⁰ Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, cit., 1345.

²⁹¹ Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, cit., 1346.

“nella maggior parte dei casi” e non accolga il metodo scientifico anche nell’individuare la singola regola di esperienza applicabile al caso concreto”²⁹².

L’accertamento della responsabilità deve avvenire *“al di là di ogni ragionevole dubbio”* ed è, quindi doveroso, impiegare i migliori strumenti di conoscenza disponibili. Anche per le massime di esperienza, quindi, occorre adottare il metodo scientifico e cioè è necessario far seguire all’induzione ed alla conferma, il tentativo di smentita. Da un lato, il metodo induttivo deve ricavare da fatti simili alla circostanza indiziante la migliore regola di esperienza, ma occorre poi valutare se la regola è applicabile al caso concreto, alla luce di tutte le particolarità che lo caratterizzano (si tratta così di una valutazione che prescinde dalla probabilità che in astratto connota la massima di esperienza).

Successivamente, occorre operare il tentativo di smentita andando a ricercare in concreto se vi sono tutte quelle conseguenze che dovrebbero riscontrarsi se la massima di esperienza ipotizzata avesse operato davvero nel caso di specie. Si procede nello stesso modo in cui si applica la legge scientifica: se non si trova quella conseguenza che dovrebbe esserci, allora si può mettere in dubbio che la regola di esperienza sia applicabile al caso concreto²⁹³.

Pertanto, il compito delle parti è di sottoporre la singola massima al tentativo di smentita, alla stregua di quanto accade, o dovrebbe accadere, quotidianamente per le leggi scientifiche.

²⁹² Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica*, cit., 1346. L’Autore non condivide le opinioni di altra dottrina che sostiene che le regole di esperienza siano proprie di “una persona di cultura media” o dell’“uomo comune” in quanto suscettibili di gravi effetti ove si tenga presente che proprio il processo penale è la sede elettiva per l’applicazione delle massime di esperienza. Sottovalutare il metodo da seguire nell’applicazione delle massime di esperienza rischia di sviare l’accertamento ed, in alcuni casi, finanche di sgretolare il principio di tipicità della fattispecie. È come se vi fosse stata una contaminazione con le regole cautelari che si applicano alla nozione di colpa nel diritto penale sostanziale (cioè con la colpa dell’uomo medio).

²⁹³ Nel famoso caso Garlasco è stata effettuata un’applicazione del metodo scientifico alle massime di esperienza. In particolare, è stato fatto un tentativo di falsificazione della massima di esperienza e si è applicato il medesimo metodo con cui si deve operare per la prova scientifica. L’esperimento effettuato sulla posizione delle macchie di sangue e sulla probabilità di evitare le stesche nel percorrere un certo percorso ha offerto al giudice una spiegazione che si è rivelata essere sì contro l’accusa, ma basata su un metodo scientifico.

3. Le neuroscienze mettono in crisi il concetto di imputabilità?

Come influiscono, pertanto, le neuroscienze sul concetto di imputabilità? Rappresentano davvero il motivo di una sua possibile crisi? Per offrire una risposta al quesito è doveroso ripercorrere il dibattito che negli ultimi decenni si è sviluppato attorno al concetto di imputabilità ed, in particolar modo, alla crisi del concetto stesso di imputabilità.

Infatti, come è noto, l'imputabilità ha rappresentato e rappresenta tuttora uno dei nodi più problematici del diritto penale; gli Autori hanno dedicato pagine e pagine di riflessioni e commenti su di esso senza, però, mai giungere ad una concezione unitaria e ampiamente condivisa.

Non a caso, infatti, è riconosciuta e paventata da ampia parte della dottrina la crisi dell'imputabilità, crisi che è giunta sino alla proposta di abolizione totale della categoria; diversi, inoltre, i progetti di riforma studiati, commentati, ma mai approvati.

Innegabile che uno dei motivi alla base della crisi risieda nella difficile collaborazione tra giuristi ed esperti (nel nostro caso psichiatri e psicologi). Questo complicato rapporto deriva inevitabilmente dal concetto di imputabilità, concetto nel contempo di natura empirica e normativa, e dalla difficoltà di combinare questa duplice dimensione. L'approccio più semplice sarebbe quello di una suddivisione del lavoro: gli esperti dovrebbero limitarsi ad accertare le condizioni biologiche e psicologiche dell'imputato mentre i giudici dovrebbero, sulla base di un autonomo procedimento valutativo, trarne le conseguenze sotto il profilo più specifico della capacità di colpevolezza e di pena.

Doveroso specificare, però, che *“il giudice non può delegare completamente all'esperto la determinazione dei presupposti del giudizio di imputabilità, essendo tale determinazione caratterizzata anche da momenti valutativo-normativi. Dall'altro, lo stesso esperto è chiamato ad accertare non se l'imputato sia o meno ammalato in senso*

medico-clinico, ma se l'imputato stesso sia capace nel senso specifico che interessa al diritto penale: cioè se egli sia al momento del fatto normativamente motivabile"²⁹⁴.

Ma in questo scenario si deve aggiungere la crisi delle scienze psicologiche: la psichiatria ha, infatti, sottoposto a revisione critica i suoi stessi paradigmi, mettendo in crisi le sue tradizionali verità ed accentuando un pluralismo interpretativo "autorelativizzante". Da qui una accresciuta autonomia valutativa e decisionale dei fruitori dello stesso sapere scientifico: il giudice, e ancora prima il legislatore, i quali si trovano nella non facile condizione di dover scegliere tra diversi orientamenti scientifici compresenti nell'attuale contesto di "convenzionalizzazione metodologica" del sapere psichiatrico.

Quali le conseguenze? Se il magistrato si trova a dover scegliere tra più orientamenti scientifici, in un orizzonte epistemologico che ne relativizza la rispettiva pretesa di scientificità, egli sarà a maggior ragione indotto a prendere partito anche (se non soprattutto) sulla base di preferenze culturali personali: con il rischio di scegliersi come proprio perito o consulente quell'esperto, le cui concezioni risultano in partenza più funzionali ad un esito decisorio intuitivamente perseguito in via pregiudiziale.

Dall'altro lato, sul versante della psichiatria, sono cresciute le voci critiche inclini a denunciare l'eccessiva discrezionalità insita nell'accertamento dell'imputabilità penale (discrezionalità che rasenterebbe addirittura l'arbitrio nel caso di verifica della seminfermità). Non può sorprendere, inoltre, che da parte di qualificati psicologi provenga crescente consenso alla ricorrente proposta legislativa di abolire l'istituto dell'imputabilità e di sottoporre anche gli incapaci a punizione, circoscrivendo la rilevanza dell'infermità soltanto nell'ambito dell'esecuzione della pena, che si vorrebbe improntata a prevalenti finalità terapeutiche.

²⁹⁴ Fiandaca G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 03, 867.

Le motivazioni alla base di queste spinte abolizionistiche sono diverse: il rifiuto dello psichiatra forense di operare quale strumento collocato in posizione di collaborazione subalterna rispetto alla giustizia penale, rifiuto di farsi carico delle esigenze punitive e di difesa sociale, rifiuto della delega del controllo sociale in nome di una rivendicata purezza terapeutica della funzione psichiatrica. Da un diverso punto di vista, vi è anche la rassegnata presa d'atto che la psichiatria odierna è incapace di identificare l'infermità e di valutare con esattezza la capacità di intendere e di volere.

Questo quadro non può avere delle ricadute immediate sul piano del trattamento punitivo del malato di mente. Infatti, nello stesso momento in cui la psichiatria forense manifesta la propria indisponibilità ad essere coinvolta nella soluzione del dilemma imputabilità-inimputabilità, essa rischia (volontariamente od involontariamente) di avvallare il predominio di una tradizionale logica punitiva²⁹⁵.

Alla luce di quanto premesso, come dovrebbe reagire un avveduto e saggio legislatore riformista? Il nostro legislatore, in qualche modo, ha provato ad apportare delle modifiche al concetto di imputabilità, ma trattasi di modifiche rimaste bloccate allo stato di meri progetti di riforma. Per completezza di informazioni si procederà ad una breve analisi di quanto in essi contenuto.

3.1. I progetti di riforma

I tentativi di riforma del Codice penale hanno avuto inizio con la legge delega del Governo Bonomi (31 agosto 1944), per poi seguire con il Comitato esecutivo costituito nel 1949 (On. Lattanzi ed altri), con la Commissione insediata dal Governo Segni (1956), con i Progetti dei Ministri Gonella (1960),

²⁹⁵ Fiandaca G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità*, cit., 869.

Reale (1968), Gonella (1973). Nel 1988 il Ministro della Giustizia Vassalli insediò una Commissione²⁹⁶ (Proff. Pagliaro, Bricola, Mantovani; Padovani, Fiorella) incaricata di elaborare uno schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo codice penale. La Commissione terminò i suoi lavori nel 1991. Interessante la disciplina prevista in tema di imputabilità. Infatti, i presupposti ai fini di un eventuale giudizio di esclusione o limitazione dell'imputabilità non solo prevedevano l'infermità mentale, ma anche la *"gravissima anomalia psichica"*²⁹⁷.

La Commissione ha ritenuto, quindi, di aggiungere quale presupposto ai fini del giudizio di esclusione o limitazione dell'imputabilità, oltre all'infermità, anche l'"anomalia psichica". Quale il motivo? La Commissione ministeriale motiva tale estensione con la volontà di adeguarsi, secondo un criterio di opportunità, alle moderne legislazioni penali europee che prendono in considerazione anche quei disturbi psichici che non rientrano nel concetto di infermità e di soddisfare gli accorati appelli degli psichiatri forensi italiani che da tempo spingevano per un ampliamento del concetto di infermità a comprendere anche situazioni cliniche nei confronti delle quali le prassi giurisprudenziali, di merito e di legittimità, avevano preso una posizione ambigua²⁹⁸.

Non si può non notare, comunque, che la distinzione tra disturbi gravi e gravissimi (oltre ad eludere la categoria delle anomalie psichiche di intensità

²⁹⁶ "Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale sia nella parte generale che in quella speciale".

²⁹⁷ Art. 83 Vizio di mente: *"Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o volere"*.

Art. 84 Vizio parziale di mente: *"Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità o per grave anomalia psichica, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita fino ad un terzo"*.

²⁹⁸ Cfr. Ciappi S., Traverso G.B., *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in Riv. it. med. leg., 1997, 03, 667 ss.

moderata ed essere avversata dalla scienza psichiatrica e psicopatologica) comporta notevoli difficoltà di ordine probatorio in merito all'esatta differenziazione tra disturbi gravi e gravissimi, che non è affatto agevole in relazione alla incidenza delle deviazioni psichiche sulla capacità di intendere e di volere della persona, potendo, peraltro, risultare foriera di applicazioni arbitrarie e disparità di trattamento tali da violare il canone di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.²⁹⁹.

Di seguito, il Progetto Grosso³⁰⁰ che, nel tentativo di ridefinire la parte generale del codice penale, propone una disciplina dell'imputabilità con molti aspetti innovativi.

In primis, viene mantenuta la distinzione tra soggetti imputabili ed inimputabili corrispondente all'orientamento di gran lunga dominante nelle codificazioni contemporanee.

Non viene offerta una definizione positiva dell'imputabilità, ma il Progetto si limita a disciplinarne le cause che la escludono o la diminuiscono. Ciò in considerazione del carattere pleonastico della formula adottata dal legislatore del 1930, oltre che dall'incertezza che fin dalle origini aleggia sui suoi confini.

La disciplina proposta, pertanto, sembra aver dato credito alle critiche sull'opportunità del mantenimento di una formula così generica per indicare l'imputabilità tale da risultare più facilmente individuabile in negativo.

Deluse, invece, le speranze di chi avrebbe voluto vedere l'imputabilità inserita nella disciplina del reato, potendo così superare la sistematica del

²⁹⁹ Manna A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, 1, 11.

³⁰⁰ Progetto preliminare di riforma del codice penale, parte generale, ad opera della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso ed istituita con D.M. 1.10.1998 dall'allora Guardasigilli Giovanni Maria Flick con l'incarico di elaborare un documento di indirizzo.

codice attuale. Il progetto, infatti, ha collocato la disposizione nel titolo IV dedicato alla pena³⁰¹.

In merito alla definizione dell'imputabilità come capacità di pena è opportuno fare alcune precisazioni. Il soggetto non imputabile, prima che inidoneo destinatario della pena, è *in primis* incapace di colpevolezza. Non ha senso muovere un rimprovero ad un soggetto del tutto privo della possibilità di agire diversamente al momento del fatto e che non sia in grado di esprimere un giudizio sul significato del proprio comportamento, né di conformarsi a tale comprensione.

La stessa Commissione Grosso chiarisce nella Relazione di accompagnamento del progetto preliminare che l'inimputabilità, prima ancora di rendere irragionevole il ricorso alla pena, determina l'impossibilità di muovere "un rimprovero di colpevolezza": sarebbe stato, pertanto, coerente con tali premesse, oltre che preferibile l'esplicazione di questa ricostruzione interpretativa anche in chiave sistematica³⁰². Non è molto chiaro, in realtà, come non si sia ritenuto di operare una corrispondenza tra teoria giuridica e topografia del codice.

Il testo originario del Progetto Grosso del 2000 prevedeva fra le cause di esclusione dell'imputabilità, accanto all'infermità, la sola ad essere attualmente richiamata dal vigente art. 88, un' "*altra grave anomalia*". La Commissione avrebbe così optato per l'adozione di una formula elastica del vizio di mente

³⁰¹ I due precedenti progetti di riforma, quello offerto dallo Schema di disegno di legge delega al Governo del 1992 ed il disegno di legge di iniziativa dei senatori Ritz ed altri, dell'agosto del 1995, inquadravano l'imputabilità nel libro relativo al reo ed alla persona offesa del reato, ricalcando l'impostazione tradizionale che ne esclude la riconducibilità nell'alveo della colpevolezza.

³⁰² In realtà, l'inserimento della disciplina dell'imputabilità nella parte dedicata alla colpevolezza è stato proposto in seno alla Commissione di studio, ma non realizzato, sul rilievo che costituisse un problema di carattere secondario. Si è ritenuto eccessivo, in altri termini, ricercare a tutti i costi un parallelo tra la teoria giuridica e la topografia del codice sul presupposto della non problematicità della natura dell'istituto in esame e della sufficiente chiarezza del messaggio normativo. Ad una radicale presa di posizione sistematica, si è preferito, un approccio dichiaratamente *soft*.

mirando a garantire un giusto collegamento tra l'operato del giudice e l'indispensabile attività ausiliaria degli esperti.

L'impiego di una clausola definitoria aperta avrebbe il dichiarato fine di realizzare un flessibile adeguamento al progresso delle conoscenze scientifiche ed avrebbe aperto la strada alla rilevanza dei diversi paradigmi della malattia mentale prospettati dalla scienza psichiatrica. Considerando che la malattia mentale non si presta a rigide classificazioni è, pertanto, apprezzabile lo sforzo compiuto nel Progetto, ma è sull'adeguatezza della tecnica di estensione adoperata che si sono da subito sollevate perplessità³⁰³. La Commissione, pertanto, ha sostituito l'espressione "*per infermità o altra grave anomalia*" con quella "*per infermità o altro grave disturbo della personalità*" con l'intento di limitare la scelta di fondo di un'apertura delle malattie mentali idonee ad incidere sull'imputabilità. Questa scelta, oltre ad essere in linea con l'orientamento dei codici più recenti, riflette la consapevolezza proprio di quel pluralismo metodologico che oggi connota il sapere psichiatrico, una volta entrato in crisi il paradigma medico-nosografico quale unico o prevalente criterio selettivo dei disturbi psichici atti ad incidere sulla capacità di colpevolezza e di pena.

Il Progetto Grosso, poi, collega la non imputabilità alla impossibilità di "*comprendere il contenuto antisociale del fatto o di agire in conformità a tale valutazione*" offrendo così una definizione in negativo ed in chiave strettamente intellettualistica.

Il criterio di giudizio sull'imputabilità recepito dal legislatore della riforma è di tipo misto o biologico-psicologico, non rinunciando da un lato alla diagnosi

³⁰³ Il riferimento, infatti, alla grave anomalia non aveva riscontrato il favore di una parte della moderna scienza psichiatrica e da un punto di vista strettamente penale si è notato come, a differenza di molti codici penali stranieri, in cui il richiamo all'anomalia come clausola di chiusura del sistema assume carattere residuale, comprendendo solo casi non riconducibili al altre ipotesi dettagliatamente previste, la soluzione del progetto italiano sarebbe stata chiaramente diversa. La grave anomalia, infatti, risulta affiancata ad un concetto altrettanto generico, quale quello di infermità, assumendo un valore uguale e simmetrico ad essa, con il rischio di eccessive aperture. Nemmeno il riferimento alla "gravità" della stessa costituirebbe un argine efficace, poiché negli ordinamenti ove è stato recepito, si è rivelato quanto mai vago.

della malattia mentale e richiedendo dall'altro la valutazione del grado di incidenza del disturbo sulla comprensione del significativo del fatto. Metodo di giudizio condivisibile in quanto compensa l'esigenza di certezza del diritto con quella di una migliore tutela dell'infermo.

In merito al trattamento sanzionatorio dei non imputabili, il Progetto Grosso mantiene un sistema di misure alternative alla pena vera e propria e supera il sistema del doppio binario. La Commissione ha proposto, limitatamente al soggetto dichiarato totalmente non imputabile, una serie di misure non punitive individuate ai fini di prevenzione speciale e denominate di sicurezza e riabilitative. Si precisa, inoltre, che non si fa luogo all'applicazione e la misura viene revocata quando la sua finalità possa essere efficacemente perseguita con strumenti di carattere non penalistico. A differenza degli istituti orientati alla risocializzazione o alla terapia e simili, le misure di sicurezza e riabilitative costituirebbero l'*extrema ratio*, intervenendo solo allorché si riscontrino esigenze comprovate e prioritarie di prevenzione dei delitti più gravi.

In questo quadro, il progetto fissa il presupposto basilare dell'applicazione delle misure di sicurezza nel "bisogno di trattamento e controllo" che se, per un verso, rischia di attribuire alle misure medesime un carico di difesa sociale, per l'altro è sicuramente meno evanescente dell'ambigua "pericolosità sociale" dell'incapace attualmente richiesta³⁰⁴.

In merito al sistema del doppio binario, il progetto esclude la possibilità di applicare in aggiunta alla pena una misura di sicurezza: per i soggetti imputabili prospetta una risposta in forma di pena, ma con finalità rieducative, per i semimputabili una pena diminuita ed orientata in senso socializzante,

³⁰⁴ Quanto alle misure di sicurezza il progetto contempla: il ricovero in una struttura con finalità terapeutiche, l'obbligo di sottoporsi ad un trattamento ambulatoriale presso strutture sanitarie, nonché quello di sottoporsi a visita periodica presso strutture sanitarie o di presentazione periodica ai servizi sociali.

mentre per gli autori di reato prosciolti per non imputabilità una misura di sicurezza come unica conseguenza sanzionatoria.

3.2. Uno sguardo alle legislazioni straniere

Per completezza, si ritiene di dover spendere alcune parole in merito alle codificazioni straniere al fine di avere una visione complessiva del fenomeno qui trattato, soprattutto per comprendere se la problematica *de qua* trova riscontro anche nelle altre legislazioni ed eventualmente valutare come è stata risolta. Il rapido evolversi delle conoscenze psichiatrico-psicologiche in tema di malattia mentale ha riproposto la necessità di una revisione critica della normativa in tema di imputabilità penale in vigore nei diversi paesi europei ed extraeuropei. Molte discipline sono forse apparse inadeguate anche all'estero rispetto alle ultime acquisizioni assunte dalla psicopatologia ed un processo di riforma sulla linea anche di un confronto internazionale sembra ormai essersi avviato.

Difficile prevedere i risultati di tale processo, dipendenti alcuni da scelte radicali, quali ad esempio quella estrema della abolizione della stessa imputabilità. Essa è da più voci oggi invocata come la scelta migliore, ma allo stesso tempo è criticata in paesi come la Svezia dove ormai è una realtà dell'ordinamento. Non solo, quella abolizionista non è stata, d'altra parte, l'idea guida di recenti riforme in paesi europei, quali la Spagna, il Portogallo e la Repubblica Federale di Germania, dove rispettivamente nel 1983, 1982 e 1975 la disciplina in materia di irresponsabilità del malato di mente delinquente è stata modificata. Gli interventi legislativi hanno mantenuto ferma la distinzione fra soggetto imputabile e soggetto non imputabile per infermità di mente, ma si è proceduto ad una ridefinizione dei termini entro cui riconoscere rilievo scusante al disturbo psichico.

A grandi linee si può ritenere che i diversi orientamenti stranieri oscillino fra tre metodi fondamentali di giudizio dell'imputabilità penale dell'adulto: quello puramente *patologico o biologico puro*, quello puramente *psicologico o normativo* e quello *misto o biologico-psicologico*. Mentre il collegamento fra malattia mentale e incapacità psichica del soggetto con riferimento al fatto-reato rappresenta il nucleo centrale d'indagine del metodo misto, il metodo psicopatologico preferisce puntare la propria attenzione sulla malattia mentale, la cui diagnosi dovrebbe essere il dato determinante dell'esclusione dell'imputabilità del soggetto.

Da una parte si ha, quindi, la costruzione a due piani dell'imputabilità penale: un primo piano attinente al profilo psicopatologico relativo all'accertamento del disturbo psichico, a cui segue un secondo piano di giudizio, di tipo normativo, riguardante la rilevanza giuridica da riconoscere a siffatto disturbo psichico in base alla sua incidenza sui processi intellettivi e volitivi dell'individuo.

Quest'ultimo piano manca, invece, nel giudizio patologico o psicopatologico o biologico puro nel quale acquista inevitabilmente rilievo fondamentale la definizione dei disturbi psichici con efficacia scusante. Questa definizione per lo più avviene secondo il parametro della malattia mentale con la diagnosi relativa come unico presupposto per l'esclusione dell'imputabilità del soggetto. Accedere a questa impostazione significa, però, introdurre un automatismo fra malattia mentale e incapacità e, quindi, irresponsabilità penale difficilmente sostenibile oggi in base agli ultimi indirizzi psichiatrici. La pura diagnosi di malattia mentale non sembra infatti soddisfare né le esigenze giuridiche né quelle psicopatologiche³⁰⁵.

Secondo il sistema misto, invece, si giunge ad una decisione più attenta alle dinamiche tipizzanti il caso in esame, ma che inevitabilmente si scontra con il problema dell'accertamento della possibilità per il soggetto di agire altrimenti

³⁰⁵ Bertolino M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 145 ss.

al momento del fatto ovvero con il problema della libertà del volere dell'uomo. Questo è anche il problema con cui si scontra in maniera più diretta il metodo psicologico o normativo puro, in base al quale ciò che conta è l'accertamento della capacità di discernimento e di volontà del soggetto al momento del fatto, risultando così superata in sede penale la questione relativa alla individuazione della malattia mentale e della sua rilevanza.

Ma, se questo criterio permette di risolvere i problemi relativi all'accertamento dell'infermità psichica a cui riconoscere rilievo scusante, esso ripropone in termini ancora più antinomici la questione relativa all'accertamento della capacità di autodeterminazione del soggetto.

3.2.1. Il metodo psicopatologico nell'ordinamento spagnolo riformato e le analogie con quello finlandese e greco. Il nuovo codice portoghese.

Questo metodo, come già anticipato, privilegia l'accertamento di uno stato psicopatologico di una certa gravità, sussistente al momento del fatto. Manca, da un punto di vista strutturale, il secondo piano del giudizio sull'imputabilità del soggetto, ovvero la valutazione giuridica (piano normativo) dell'incidenza di siffatto disturbo (profilo causale) sulle capacità intellettive e volitive dell'individuo. Il legislatore ha in via generale attuato una volta per tutte il giudizio circa l'incidenza del disturbo psichico sulla mente del soggetto, in ragione del tipo di malattia mentale, individuata per lo più secondo le classificazioni offerte dalla nosografia psichiatrica tradizionale. In questa ottica, le psicosi sono considerate unanimemente cause di esclusione dell'imputabilità.

In Finlandia il paragrafo 3 del codice penale dispone che non è punibile il fatto commesso da una *"persona malata di mente o da una persona mentalmente*

deficiente a causa dell'età o per altra simile causa". Inoltre, non è imputabile anche chi ha commesso il fatto in un momento di temporaneo discontrollo³⁰⁶.

In Grecia questo metodo sembra trovare applicazione esclusivamente sul piano della prassi e solo in alcune ipotesi particolari, come nel caso di schizofrenia o di psicosi maniaco depressiva. Negli altri casi, invece, la responsabilità è esclusa in base ai requisiti richiesti dal metodo c.d. misto³⁰⁷.

Una posizione particolare occupa la Spagna, dove anche dopo la riforma del 1983 il legislatore si è mantenuto fedele al metodo psicopatologico nella disciplina delle cause di esclusione dell'imputabilità. La giustificazione di una indifferenza verso il dibattito attuale sul tema può rinvenirsi nella difficoltà a fornire una descrizione esauriente dei disturbi psichici a cui riconoscere efficacia scusante. La formula utilizzata, alquanto generica, fa riferimento al concetto di *"alienazione"* e di *"turbamento mentale transitorio"*³⁰⁸ senza richiedere una concreta verifica della loro incidenza sulla capacità di comprendere e di agire secondo tale comprensione da parte del soggetto riconosciuto affetto da un disturbo mentale di tal genere al momento del fatto³⁰⁹.

Invero, la prassi manifesta la propria disapprovazione verso questo metodo biologico puro, a cui si è mantenuto fedele il legislatore. La giurisprudenza, dal canto suo, tende a formulare il giudizio di imputabilità in

³⁰⁶ Paragrafo 3 codice penale finlandese: *"Non imputabilità di chi abbia agito perché [...] malato di mente [...] o mentalmente deficiente a causa dell'età o per altra simile causa, o abbia commesso il reato in un momento di temporaneo discontrollo"*.

³⁰⁷ Art. 34 codice penale greco: *"L'azione non è imputata all'autore se, al momento della commissione, a causa di turbamento patologico delle funzioni intellettive o di turbamento della coscienza, non possedeva la capacità di intendere l'antigiuridicità della sua azione o di agire secondo il proprio intendimento a proposito di questa antigiuridicità"*.

³⁰⁸ Art. 20 codice penale spagnolo: *"Vanno esenti da responsabilità criminale: 1. Coloro che al tempo dell'infrazione penale, per causa di qualsiasi anomalia o alterazione psichica non poteva comprendere la illiceità dell'atto o agire in conformità a tale comprensione [...] 2. Coloro che per alterazioni della capacità di percezione dalla nascita o dall'infanzia hanno gravemente alterata la coscienza della realtà"*.

³⁰⁹ Dottrina e giurisprudenza si sono, invero, adoperate per contenere la sfera di operatività della disposizione; la dottrina ha elaborato un'interpretazione ristretta della categoria *"alienazione"* ritenendola sinonimo di infermità mentale (in modo da ricomprendere solo disturbi di tipo psicotico) e la giurisprudenza nega al disturbo psicopatologico efficacia esimente.

base ai parametri offerti dal metodo psicologico-normativo. La prassi, quindi, ritiene insufficiente la pura diagnosi della malattia e per escludere la responsabilità del soggetto esige altresì l'accertamento di una *"perturbazione profonda della coscienza o della volontà"*. Questo accertamento, secondo la giurisprudenza, deve essere riferito al fatto commesso non solo in termini temporali, ma anche eziologici. Si dovrebbe accertare non solo la sussistenza del disturbo psichiatrico al momento del fatto, ma anche la sua precisa influenza sulla capacità di comprensione del valore dell'atto e su quella di adeguamento della propria condotta a tale comprensione.

Trattasi, tuttavia, di orientamento che si discosta dal dato normativo, in base al quale non sarebbe la mancanza dell'intelligenza o della volontà a decidere della inimputabilità. Se da una parte, però, l'orientamento assunto dalla giurisprudenza risponde all'esigenza generalizzata di una valutazione più attenta alla realtà psichica del soggetto da giudicare, dall'altra il favore dei giudici verso un giudizio di tal genere sembra mancare proprio nei confronti di soggetti, quali gli psicopatici, rispetto ai quali, date le difficoltà di inquadramento nosografico e di una definizione in termini di malattia mentale del disturbo psichico, risulterebbe determinante un'indagine caso per caso, onde poter valutare realisticamente la rilevanza del disturbo sotto il profilo della sua gravità sui processi fondamentali della psiche.

Il giudizio basato solo sulla diagnosi di malattia (nei confronti dei soggetti psicopatici) si rivela inadeguata, ma soprattutto inattuale (considerato che l'orientamento prevalente è nel senso di escludere a priori le psicopatie fra le infermità rilevanti ai sensi del codice penale spagnolo).

Per quanto concerne il *"turbamento mentale transitorio"* esso si tradurrebbe in una *"alienazione"* di breve durata verificatasi per cause esogene improvvise,

caratterizzata da un'intensità tale da provocare una grave perturbamento della mente (con un effetto equivalente a quello della infermità)³¹⁰.

L'orientamento spagnolo, quindi, è volto al concetto medico patologico della infermità mentale. O il disturbo psichico corrisponde al quadro clinico di una data malattia di accertata o presunta base organica-patologica ed, in quanto tale, di natura permanente, oppure il disturbo psichico è comunque inquadrabile nella alienazione, ma la sua natura transitoria richiede che almeno alla base vi sia uno stato patologico. La prassi, però, limita la portata della norma in quanto orientata verso interpretazioni restrittive e per questo non sempre attente alle indicazioni provenienti dalla psichiatria³¹¹.

La legislazione penale portoghese ha abbandonato il metodo psicopatologico nel 1982 quando è entrato in vigore il nuovo codice penale accogliendo il metodo c.d. misto. L'art. 20 del codice prevede che non è imputabile chi al momento in cui ha commesso il fatto, a causa di un'anomalia psichica era incapace di comprendere l'illiceità del fatto o di determinarsi secondo questa comprensione³¹². Con questo cambiamento si espandono gli spazi di operatività della disciplina delle cause di non imputabilità grazie alla individuazione del presupposto biologico nel generico concetto di anomalia psichica: ciò permette di comprendere anche i disturbi di origine nevrotica o

³¹⁰ Non vi è accordo sulla natura di questa esimente. Il prevalente orientamento ritiene che essa dovrebbe essere di natura necessariamente patologica, altra opinione, invece, ritiene contraddittorio pretendere una base patologica per un disturbo, quale quello transitorio, che può manifestarsi anche in soggetti normali come manifestazione di una reazione ad una circostanza esterna. In questa prospettiva solo l'utilizzo del metodo c.d. misto potrebbe consentire l'abbandono del requisito della patologicità.

³¹¹ Le psicopatie vengono per lo più escluse dal novero delle infermità rilevanti ai sensi del codice penale in quanto non interessano la sfera dei processi volitivi ed intellettivi, ma solo il profilo emotivo-affettivo della psiche; inoltre, attraverso un'interpretazione in chiave strettamente patologica dell'espressione "alienazione mentale transitoria" si ostacola in radice una ricomprensione in esso tutti i disturbi psichici non esattamente catalogabili secondo la nosografia classica o che comunque non siano di sicura natura morbosa.

³¹² Art. 104 codice penale portoghese. *"Quando l'agente è stato dichiarato non imputabile ed è stato condannato alla reclusione ma si dimostra che per causa delle anomalie psichiche di cui soffriva al tempo del crimine, il regime dello stabilimento penitenziario comune è per lui pregiudizievole o se la sua anomalia psichica è tale da creare serio disturbo al regime dello stabilimento, il tribunale ne ordina l'internamento in un penitenziario riservato ai non imputabili per periodo corrispondente alla pena."*

psicopatica, nonché gli stati pulsionali. Nello stesso tempo però, si accoglie il criterio psicologico-normativo in funzione limitativa, nel senso che siffatta anomalia, per avere rilievo scusante, deve compromettere la capacità di comprendere e quella di determinarsi secondo questa comprensione.

3.2.2. Il metodo psicologico nell'esperienza francese, belga ed olandese

Mentre in Spagna la dottrina e la giurisprudenza si sono orientate verso il metodo psicologico-biologico o misto, diversa cosa si è verificata in altri paesi, dove la genericità ancora più estrema della formula legislativa ha consentito il prevalere, in sede di interpretazione ed applicazione, del metodo c.d. psicologico o normativo. Tale metodo, risulta essere il meno adattato dalle legislazioni in generale, data la difficoltà di una sua utilizzazione in termini di chiarezza e precisione. L'affidare in via esclusiva il giudizio sull'imputabilità del soggetto a formule così generiche (quali capacità di cogliere il valore della propria condotta o capacità di autodeterminarsi) è parso ai più un rischio da non correre perché comporta un giudizio che si sottrae a qualsiasi verifica o riscontro empirico. Si tratterebbe di verificare quella libertà del volere che ormai unanimemente si ammette sottrarsi a qualsiasi prova empiricamente fondata.

Il dato clinico (la malattia mentale) è sembrato il requisito indispensabile a cui fare riferimento per realizzare un giudizio che potesse presentare sufficienti garanzie di univocità scientifica (metodo psicopatologico). Mentre, combinato con il presupposto clinico-psichiatrico, l'elemento psicologico puro, attinente all'incidenza del disturbo sui processi intellettivi e volitivi, è stato ritenuto in grado di fornire un aiuto per giungere ad una valutazione attendibile dello stato psichico del soggetto.

Quanto più il dato clinico è, già, a livello normativo, poco definito o definibile, tanto più l'elemento psicologico acquisterà rilievo, fino a diventare l'unico reale parametro di riferimento per il giudizio di imputabilità.

Questo, quanto accaduto anche in Francia ove si fa riferimento in generale alla demenza nel senso di forma di alienazione mentale caratterizzata dall'abolizione delle facoltà intellettive³¹³. Anche inteso in questo modo, il concetto *de quo* rimane tuttavia talmente vago e impreciso che si presta a ricomprendere tutti i tipi di disturbo mentali ed, in quanto tale, risulta privo di significato clinico. La decisione sull'imputabilità o meno del soggetto rimane affidata in ultima analisi al solo criterio psicologico che, invero, dovrebbe essere invece secondario ed accessorio. In questo caso, pertanto, la combinazione dei due criteri non sortirebbe l'effetto di consentire una delimitazione dei casi di inimputabilità, in quanto ad un criterio medico quanto mai vago sarebbe associato un criterio psicologico, altrettanto vago ed impreciso. Non solo, ma la natura soprattutto filosofico-normativa di quest'ultimo metodo lo renderebbe per ciò stesso estraneo alla competenza dell'esperto psichiatra.

Con il concetto di demenza, il legislatore francese avrebbe inteso fare riferimento al concetto di follia e dichiarare l'irresponsabilità penale dei soggetti affetti da qualsiasi forma di alienazione mentale, difetto di sviluppo intellettuale, di delirio cronico di persecuzione, ecc. Abbandonata un'interpretazione del termine demenza intesa nel senso strettamente medico ottocentesco di alienazione mentale, l'art. 64 del codice penale francese si presta a ricomprendere tutti quei disturbi che vengono perciò definiti come casi di demenza propriamente detta. Essa annienta la capacità di discernimento e la volontà attinente alla valutazione del fatto-reato ed in quanto tale esclude la

³¹³ Art. 122 Codice penale francese: "Non è penalmente responsabile la persona affetta, al momento dei fatti, da un disturbo psichico o neuro-psichico che ha abolito il suo discernimento o il controllo delle sue azioni. La persona affetta al momento dei fatti da un disturbo psichico o neuro-psichico che ha alterato le sue capacità di giudizio o ha ostacolato il controllo dei suoi atti rimane punibile; tuttavia, il collegio giudicante, tiene conto di questa circostanza quando determina la durata della pena e ne fissa le modalità di esecuzione".

responsabilità penale (sempreché presente al momento del fatto ed abbia influito in maniera completa su tale capacità).

Il codice belga, all'art. 64, sancisce che non c'è reato allorché il soggetto si trova in uno stato di demenza al momento del fatto o allorché ha commesso il fatto spinto da un impulso a cui non ha saputo resistere³¹⁴. Il termine demenza è da intendersi non in senso strettamente medico, ma in termini generali e comuni: tutte le malattie mentali che inibiscono il controllo delle facoltà mentali. Al presupposto psicopatologico (l'unico richiesto dalla legge) viene così affiancato anche dalla prassi belga il presupposto ideologico che tende infine a prevalere di fronte alla genericità del concetto di demenza fino al punto che la mancanza di capacità del soggetto di autodeterminarsi diventa il presupposto fondamentale in base al quale riconoscere un individuo non imputabile.

In questa prospettiva la definizione del presupposto psicopatologico perde di rilievo, tuttavia, non al punto da consentire di riconoscere effetto scusante anche a quegli stati c.d. passionali che abbiano influito sulla capacità di controllo del soggetto. Questi ultimi, secondo un orientamento costante, pur potendo influenzare tali facoltà mentali, non meriterebbero ancora la qualifica di disturbo morboso rilevante ai sensi del codice penale.

La disciplina del codice penale olandese sembra essersi mantenuto fedele al metodo misto, ma la genericità delle formule usate ha impedito altrettanta fedeltà nella prassi: formule come "*carenza di sviluppo e di disturbo morboso della capacità mentale*" quali cause che impediscono di attribuire il fatto al soggetto sono, infatti, contenuti alquanto vaghi³¹⁵. La prassi ha dovuto, infatti, prestare maggiore attenzione a caratteristiche del soggetto che attengono al presupposto psicologico del giudizio di imputabilità e cioè alla capacità del soggetto di

³¹⁴ Art. 71 codice penale belga: "*Non vi è reato quando l'accusato o il prevenuto era in stato di demenza al momento del fatto oppure a questo è stato costretto da una forza alla quale non ha saputo resistere*".

³¹⁵ Art. 37 codice penale olandese: "*Non v'è imputabilità per condizioni psicopatologiche di carenza dello sviluppo o disturbo morboso delle capacità mentali*".

cogliere il disvalore del proprio comportamento o alla capacità di determinarsi secondo quella consapevolezza, introducendo così il metodo c.d. psicologico nel giudizio di imputabilità.

In realtà, però, il metodo psicologico non ha incontrato un favore incondizionato. Esso non potrebbe trovare applicazione nei confronti dei soggetti psicopatici, rispetto ai quali già il dato clinico-psicopatologia (presupposto biologico) costituirebbe ragione sufficiente per escludere nei loro confronti l'applicazione della norma penale (che non conosce la categoria della semi-imputabilità)³¹⁶.

3.2.3. Il metodo psicologico-normativo nei sistemi anglosassoni

L'essenza del concetto di imputabilità e di malattia mentale nel mondo anglosassone è rappresentata dalle Mc'Naghten Rules (risalenti alla fine del Diciannovesimo secolo), regole oggi non più applicate (se non in rari casi), ma sempre considerate come unico parametro in questa materia³¹⁷.

³¹⁶ Il diritto olandese ha assunto una precisa posizione nei confronti dei soggetti psicopatici. Sa da una parte, infatti, ha negato loro la qualifica di soggetti non imputabili, dall'altra ha però, previsto nei loro confronti la possibilità di un regime speciale offerto da misure di sicurezza specifiche in base ad una legge *ad hoc*.

³¹⁷ Si riportano le *McNaughten Rules* più significativo: a) chiunque deve essere ritenuto sano ed in possesso di un sufficiente grado di ragionare da essere considerato responsabile per i reati commessi, salvo prova per il contrario; b) un alienato (*insane person*) è punibile in rapporto alla natura del reato commesso, se al tempo in cui l'ha compiuto, sapeva di agire in modo contrario alla legge: con la quale espressione noi indichiamo quella che la giustizia intendete come la legge del paese; c) per ammettere una *Defense on the Ground of insanity*, deve essere chiaramente provato che al tempo del commesso reato il sospetto fosse affetto da tale *defect of reason, from the disease of the mind* da non capire la natura e qualità dell'atto che stava compiendo ovvero, se lo capiva, da non sapere che ciò che stava facendo era sbagliato (*wrong*); d) l'alienato, sotto il profilo della responsabilità, deve essere considerato come se i fatti, nei confronti dei quali esiste la valutazione morbosa, fossero reali. Per esempio, se sotto l'influenza della patologia (*delusion*), ritiene che qualcuno attenti alla sua vita e lo uccide, a sua avviso per legittima difesa, deve andare esente da pena. Se invece la sua *delusion* inerisce al fatto, che la vittima avesse procurato grave danno alla sua persona od ai suoi beni ed egli l'avesse ucciso per vendicarsi del torto subito, egli dovrebbe essere considerato punibile; e) è compito del giudice decidere se il reo è *insane*.

Il metodo accolto è quello misto per cui alla diagnosi di malattia deve seguire il giudizio (psicologico) circa l'incidenza di quest'ultima sulla capacità del soggetto di conoscere la natura e la qualità dell'atto o se dotata di tale facoltà, l'incidenza sulla sua capacità di comprendere che sta compiendo qualcosa di illecito. Al piano del giudizio clinico (piano medico) segue quello psicologico o normativo che risulta complesso perché a sua volta si muove su due direttive: quella relativa alla capacità intellettuale e quella attinente alla capacità del soggetto di conoscere l'antigiuridicità della propria azione. Ciò che rileva è il profilo cognitivo, quello volitivo non viene preso in considerazione³¹⁸.

La definizione di malattia mentale non ha provocato grossi problemi: è intesa come qualsiasi malattia che produce una difficoltà di funzionamento della mente, indipendentemente che si manifesti come malattia del cervello (psicosi).

La definizione dello stato di incapacità spetta solo al diritto, in quanto il concetto medico e quello legale di malattia mentale sono fra loro diversi (pur ammettendo che il punto di partenza è comunque offerto dalla psichiatria).

L'esperienza statunitense si è sviluppata dal ceppo comune delle M'Naghten Rules lungo strade differenti a seconda dei vari Stati: esse rappresentano ancora per la maggioranza degli Stati i criteri guida a cui fare riferimento per giudicare lo stato mentale del soggetto e costituiscono il parametro di confronto. Le critiche si concentrano sul fatto che le Rules ignorano completamente l'aspetto volitivo ed emozionale della psiche dell'individuo, richiedendo sul piano del presupposto psicologico un giudizio circa la capacità del soggetto di distinguere il giusto dall'ingiusto che come tale esula dalla competenza scientifica dell'esperto psichiatra.

³¹⁸ "Ne risulta una visione dell'uomo palesemente incompleta, la quale spiega perché le regole in questione abbiano una applicazione limitata ai soli casi più gravi e eclatanti di malattia mentale. Non si è mancato infatti di rilevare come ben poche persone possano essere così pazze da non sapere ciò che stanno facendo" Bertolino M., *L'imputabilità*, cit., 212.

Da qui l'inadeguatezza delle Rules ad assolvere il compito di stabilire quali soggetti, in quanto mentalmente malati, non debbano essere puniti, con conseguente calo della credibilità del sistema penale, soprattutto in riferimento al profilo della sua efficacia a prevenire reati.

Con l'avvento del ALI Model Penal Code (che si mantiene fedele alla tradizione del metodo misto) l'ordinamento si garantisce contro un'eccessiva influenza del parere dello psichiatra introducendo, almeno *prima facie*, una terminologia più precisa allo scopo di un maggior controllo sulla perizia psichiatrica e sui suoi risultati. In netto contrasto con le Rules, inoltre, si sottrae ai compiti del perito la valutazione morale circa la capacità del soggetto di distinguere il giusto dall'ingiusto. Prevale così un concetto legale di *insanity* eliminando le anomalie psichiche di natura meramente antisociale, proprie delle personalità sociopatiche.

3.3.4. Il metodo misto nel codice penale tedesco

Significativa è la disciplina dell'imputabilità del codice penale tedesco sia per la recente formulazione, ma soprattutto per il metodo di giudizio accolto, cioè quello misto. L'orientamento accolto dalla riforma (c.d. proposta unitaria) sosteneva come anche i disturbi psichici di natura non patologica od organica potessero assurgere a causa di non esclusione totale dell'imputabilità del soggetto.

Accanto, così, alla categoria delle altre gravi anomalie psichiche, sono previsti i disturbi psichici di natura patologica e la debolezza mentale³¹⁹. A quest'ultima vengono ascritte tutte le forme più gravi di deficienza od

³¹⁹ Art. 20 codice penale della Repubblica Federale di Germania: "*Chi al momento della commissione del fatto, per turbe mentali patologiche, per un profondo disturbo della coscienza, per deficienza mentale od altra grave anomalia mentale, è incapace di valutare la anti giuridicità del fatto o di agire secondo tale valutazione, agisce senza colpa*".

insufficienza intellettuale congenita, ma non di origine organica, in quella dei disturbi psichici di natura patologica vengono ricomprese sia le forme di debolezza mentale con base organica sia tutti i disturbi psichici con conclamata o postulata origine organica ed in generale quelle manifestazioni di anormalità psichica che trovano la loro radice in processi degenerativi di natura somatica.

Alla categoria dei disturbi profondi della coscienza risultano appartenere quei disturbi non patologici di natura puramente psichica o verificatisi in concomitanza di particolari condizioni fisiche. Requisito fondamentale è che essi siano di tale intensità da essere assimilabili alle psicosi circa la compromissione della compagine motivazionale del soggetto. Questa ultima categoria acquista particolare rilievo se si considera che proprio la natura non patologica del disturbo della coscienza consente di riportare infine a siffatta categoria la problematica degli stati affettivo-emotivi, il cui rilievo scusante viene tuttavia riconosciuto solo per le forme più gravi.

Con riferimento a questi stati, l'intensità del disturbo acquista quindi la funzione di limite alla rilevanza scusante delle perturbazioni psichiche di natura puramente passionale o affettivo-emotiva. Tuttavia, è soprattutto fra gli psichiatri forensi che manca l'accordo circa la persona alla quale riconoscere la competenza a decidere sull'imputabilità o meno del delinquente c.d. passionale.

Precisamente, il perito non sarebbe in grado di realizzare una valutazione scientificamente attendibile delle capacità intellettive e volitive di colui che ha commesso il fatto sotto l'influsso di uno stato emotivo-affettivo. Nei suoi confronti dovrebbe attuarsi un giudizio apertamente orientato alla funzione sociale del diritto penale, di competenza esclusiva del giudice, poiché occorrerebbe riconoscere infine l'importanza delle esigenze di natura preventiva nel condizionare la decisione sull'imputabilità del delinquente passionale.

Il punto di vista c.d. agnostico non è tuttavia condiviso da coloro, e sono la maggioranza, che sostengono che comunque il perito sarebbe in grado di

indicare quantomeno le motivazioni che stanno alla base di un certo comportamento, senza che ciò implichi una pronuncia anche sulla questione della capacità di autodeterminazione del soggetto. In altre parole, la decisione finale, relativa al presupposto normativo, rimarrebbe nelle mani del giudice, indipendentemente dal contenuto che si voglia riconoscere a quel presupposto.

Questo ci riporta al secondo piano del giudizio di imputabilità, quello relativo al presupposto normativo. Una volta diagnosticato, occorre accertare che il disturbo psichico abbia influito, negativamente, sulla capacità del soggetto di comprendere il disvalore del proprio atto o sulla capacità di adeguare e controllare con uno sforzo della volontà il proprio comportamento in base a tale comprensione. Questo presupposto acquista rilievo fondamentale proprio là dove i margini medico-biologici del disturbo si fanno più evanescenti.

3.2. Se e come modificare le norme in tema di imputabilità

Oggi giorno, si ribadisce, il ricorso alla scienza diventa una imprescindibile necessità che impone un bilanciamento tra le esigenze, profondamente diverse, che esistono tra la legge scientifica e quella penale. Anche se l'uomo, da sempre, ha scaricato sulla scienza le sue esigenze del sapere, non va dimenticato che lo scienziato ricava le regole nel mondo dell'"essere" dell'accadere dei fatti, mentre la legge penale fa parte del mondo del "dover essere" dove la regola descrive quel tipo di fatto che essa considera illecito e indica la sanzione che il giudice "deve" applicare al responsabile del reato.

In sostanza, si verifica la sovrapposizione di due modelli cognitivi, di due diverse epistemologie del giudizio, quella scientifica e quella giudiziaria. È innegabile che la prova scientifica si presenti con credenziali di attendibilità e

forza persuasiva molto maggiore rispetto agli standard ordinari del giudizio penale. Ma non si può non rilevare come la scienza oggi è tutt'altro che improntata alla sacrale obiettività che le si accreditava nell'Ottocento.

Una teoria scientifica è vera solo fino a quando un'altra migliore non la falsifichi, l'obiettività è un parametro ingannevole persino nelle scienze un tempo cosiddette esatte; *“oggi si ragiona in termini di maggiore o minore probabilità e si sa bene che le conoscenze scientifiche possono essere applicate al diritto in modi diversi e con finalità diverse cosicché, senza che nessuno dica il falso, pur sostenendo tesi opposte, tutti possono avere ugualmente ragione da un mero punto di vista scientifico”*³²⁰.

Sembra di poter affermare pacificamente che una netta presa di posizione di rifiuto verso le neuroscienze, oggi, avrebbe più senso se solo gli strumenti di cui si avvale il giudice e la giustizia fossero in grado di consentire un livello sufficiente di attendibilità ai fini probatori e del percorso argomentativo del giudice. La realtà, invero, ci offre uno scenario precario, mutevole e carente nei riscontri e, spesso, anche autocertificato.

Non sarebbe intellettualmente corretto continuare ad operare secondo criteri superati e forse fallaci anziché provare ad uscire, affrontando le difficoltà, da quest'area di turbolenza. Si corre, inevitabilmente, il rischio di innescare *“un processo di circolarità epistemologica”*³²¹ nei confronti del diritto che potrebbe porre la necessità di rivisitare alcuni istituti fondanti dell'intero sistema giuridico. Rivedere, cioè, il modello di personalità umana sul quale poggiano, quali derivati giuridici, gli istituti che costruiscono il c.d. elemento soggettivo del reato, sostituendolo o integrandolo con un nuovo sapere garante della controllabilità intersoggettiva, della giustificabilità dei metodi seguiti e dei risultati ottenuti.

³²⁰ De Cataldo Neuburger L., *Neuroscienze e diritto penale. La scienza come, quando e perché*, in *Le neuroscienze e il diritto* a cura di Santossuolo A., Pavia, 2009, 144.

³²¹ De Cataldo Neuburger L., *Neuroscienze*, cit., 144.

La cosa importante, a prescindere dai gradi di certezza della scienza o di supposti primati della norma, è capire come scienza e norma possono convivere nell'attuale sistema, senza limitarsi a vicenda ed interagendo in modo utile per le finalità della giustizia. Trovando un'adeguata soluzione a questo problema probabilmente anche le innumerevoli disquisizioni in merito all'opportunità di mantenere ancora il concetto di imputabilità troverebbe risposte.

La crisi del concetto di imputabilità, quindi, è ancor prima che all'avvento delle neuroscienze, è legata alla crisi della scienza in generale, la psichiatria, in particolare; la questione non nasce ai giorni nostri a seguito dello scompiglio creato dalle nuove tecniche di *neuroimaging* (che certamente, però, hanno riaperto il dibattito e posto nuovi interrogativi), ma è risalente ormai a qualche decennio. Significativo, infatti, il disegno di legge n. 177/1983 presentato il 20 settembre 1983 dai Senatori Grossi, Gozzini ed altri il quale all'art. 1 affermava: *"L'infermità psichica non esclude né diminuisce l'imputabilità"*. I punti salienti del decreto erano volti a considerare l'infermità di mente come uno stato morboso transitorio e curabile, e ad abolire le sperequazioni di trattamento tra infermi autori di reato ed infermi non autori di reato e provvedere alla tutela del diritto alla salute degli infermi di mente.

Questo disegno di legge, che potremmo definire quasi rivoluzionario, fu ripreso nel 1996 dall'On. Corleone il quale propose che qualunque autore di reato affetto da disturbi psichici non sarebbe dovuto essere ricoverato in ospedale psichiatrico giudiziario, bensì condannato alla pena prevista per il reato commesso. Avrebbe poi ricevuto in carcere le cure mediche e l'assistenza psichiatrica necessaria per il recupero della salute. Quest'ultima proposta nasce dalla teoria che qualsiasi infermo di mente ha uno "spazio di libertà psichica" per cui dovrebbero essere eliminate le previsioni di cui agli artt. 88 e 89 c.p. e si dovrebbe condannare il reo, ma nel contempo curarlo a dovere³²².

³²² Introna F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 03, 672.

Da notare che sì il concetto di imputabilità è in crisi, ma come dimostrato anche in queste proposte, il vizio di mente (totale o parziale) rimane e, pertanto, la crisi appare riguardare più che altro la perizia psichiatrica (e come già evidenziato il rapporto e la collaborazione tra giudice ed esperto) e la scelta della metodologia al fine di poter ottenere un ragionevole grado di certezza e ragionevole concordanza di pareri. A sua volta, se vi è concordanza e correttezza nell'applicazione del *modus operandi* concordato, *"non si potrà dire che la perizia medico-legale è di per sé in crisi ma che l'impostazione (definizione) legislativa è difficile come difficile è la sua interpretazione nel singolo caso dove vale il "libero convincimento" del giudice"*³²³.

Premesso ciò, non si può nascondere che i progressi delle neuroscienze hanno interessato in maniera repentina categorie concettuali di fondamentale significato non solo culturale, ma anche legale (concetto di personalità, di volizione, ecc.) che sembrano far oscillare ancor di più la già precaria stabilità delle relazioni tra scienza e diritto ed imporre importanti revisioni di credenze, magari consolidate da lunga durata³²⁴.

In primis, una premessa è opportuna in merito al concetto di libero arbitrio, principio che ricorrerà molto spesso e che concretizza uno dei cardini da cui partire per ricavare una soluzione al rapporto neuroscienze e imputabilità.

³²³ Introna F., *Se e come siano da modificare*, cit., 688.

³²⁴ De Cataldo Neuburger L., *Neuroscienze*, cit., 145. L'Autrice spiega che si tratta di un'evenienza che si verifica quando lo stato di equilibrio di un sistema giuridico viene alterato dalla necessità di accogliere nuovi paradigmi provenienti da sistemi giuridici diversi, nuovo sapere, nuove regole che per manifestare la loro utilità possono richiedere interventi anche sostanziali sull'ordinamento interessato dal flusso (esempi di flussi dall'estero in Italia sono diversi: *cross examination*, il giusto processo, ecc.). Nessun flusso giuridico si produce senza un bisogno. Dire che il dato dell'esperienza giuridica di un ordinamento diviene flusso di un altro ordinamento equivale a dire che il secondo ordinamento sta in quel periodo sperimentando un bisogno che non riesce a soddisfare con strumenti endogeni. Si deve verificare come ed in che modo il nuovo possa essere assimilato nel sistema ospite.

Il concetto di libero arbitrio sta alla base della responsabilità penale. Si assume che esso esista salvo che non sia provata la sua eliminazione o riduzione a causa di una malattia mentale.

Il problema del libero arbitrio costituisce uno dei parametri fondamentali alla luce del quale concepire e valutare il concetto di imputabilità e più in generale di colpevolezza in diritto penale. Non a caso, a seconda del diverso modo di concepire tale problema, a partire dalla seconda metà del Diciannovesimo secolo si sono manifestate nella disciplina penalistica diverse scuole di pensiero.

La scuola tradizionale è la Scuola Classica che, presupponendo il libero arbitrio del singolo, giustifica la sanzione penale argomentando che in tanto ha senso infliggere una sanzione penale in quanto il soggetto che ha posto in essere quella determinata condotta era nelle condizioni di tenere un comportamento diverso (quello lecito); in caso contrario, infatti, l'inflizione della sanzione penale non avrebbe ragion d'essere; sulla base di tali premesse la Scuola Classica attribuisce alla pena essenzialmente una funzione retributiva (punire il male con il male, proprio perché il soggetto ha liberamente e consapevolmente scelto il male).

A questa concezione si oppose la Scuola Positiva che sulla base delle acquisizioni delle nuove scelte umanistiche (biologia, psicanalisi, sociologia, ecc.) tendeva ad escludere il libero arbitrio, ritenendo che in verità il comportamento del soggetto è un comportamento non libero, bensì determinato, sicché la funzione e l'essenza della sanzione penale non deve essere tanto quella retributiva come sostenuto dalla Scuola Classica, bensì quella preventiva, ovvero occorre concepire la pena come uno "strumento" idoneo a modificare le "spinte" (spinte che a volte dipendono essenzialmente dal contesto sociale, sicché occorre intervenire anche e, soprattutto, su tale contesto) che hanno indotto il soggetto a delinquere in modo tale da evitare che in futuro lo stesso possa reiterare la condotta illecita; solo così si difende

adeguatamente la collettività. La funzione della pena, quindi, deve essere quella della rieducazione del reo.

Nel tentativo di mediare tra queste due concezioni estreme si affermò progressivamente prima la c.d. Terza Scuola e successivamente la Scuola della Nuova difesa sociale³²⁵. Tali scuole, pur riconoscendo (o meglio, postulando) così come sostenuto dalla Scuola Classica, il fondamento del libero arbitrio, al contempo ritengono tuttavia che in tale libertà di autodeterminazione il singolo sia fortemente condizionato da fattori interni ed esterni (aderendo quindi sotto questo profilo alle concezioni della Scuola Positiva); ne consegue che la funzione della pena deve essere al contempo retributiva (come sostenuto dalla Scuola classica) e preventiva (come sostenuto dalla Scuola Positiva); non a caso, infatti, si parla a tal proposito di sistema dualistico o del doppio binario.

Ma, è proprio vero che libero arbitrio e determinismo sono concetti tra di loro del tutto incompatibili?

È opportuno chiarire che la disputa tra determinismo ed indeterminismo, ai fini della specifica determinazione del concetto di capacità di intendere e di volere, si è affievolita nel corso del tempo, accedendo alla tesi compromissoria della c.d. “libertà condizionata”³²⁶. Si è osservato che *“l’odierno giurista, attento alla prospettiva scientifica delle moderne scienze sociali, è ormai ben consapevole che la volontà umana è soggetta a molteplici condizionamenti: una volontà libera, intesa come libertà assoluta di autodeterminazione ai limiti del puro arbitrio, non esiste. La volontà umana può definirsi libera, in una concezione meno pretenziosa e più realistica, nella misura in cui il soggetto non soccomba passivamente agli impulsi psicologici che lo spingono ad agire in un determinato modo, ma riesca ad esercitare poteri di inibizione e controllo idonei a consentirgli scelte consapevoli tra motivi antagonisti”*³²⁷. Una simile libertà “relativa” o “condizionata” presenta, di conseguenza, graduazioni

³²⁵ Fallone A., *Responsabilità penale e libero arbitrio*, in *Giur. merito*, 2008, 06, 1781.

³²⁶ Fallone A., *Responsabilità*, cit., 1782.

³²⁷ Fiandaca G., Musco E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 325.

diverse in funzione del livello di intensità dei condizionamenti, anche di natura inconscia, che il soggetto subisce prima di agire: quanto più forte è la spinta dei motivi, degli impulsi, degli istinti, delle pulsioni, tanto più difficile risulterà lo sforzo di sottoporli al potere di autocontrollo e viceversa.

La concezione della libertà del volere come libertà sia pure relativa è, peraltro, quella che più corrisponde al senso comune. La vita pratica di ogni giorno poggia sul presupposto, implicitamente ammesso, che ciascuno di noi sia abbastanza capace di regolare la propria condotta in modo da non disattendere le aspettative degli altri: realtà o illusione, ciascuno vive come esperienza psicologica il sentimento della libertà di autodeterminazione in modo conforme alle scelte ed ai desideri.

Il diritto penale assume la libertà del volere non come dato ontologico, ma come necessario presupposto della vita pratica, non come dato scientificamente dimostrabile, bensì come contenuto di un'aspettativa giuridico-sociale. E, contrariamente alle apparenze, l'idea del carattere condizionato della libertà umana si rivela la più funzionale proprio in una prospettiva penalistica: se le decisioni umane non fossero codeterminate da cause che operano secondo leggi psicologiche, ma avessero la loro scaturigine nel puro arbitrio della volontà, non avrebbe alcun senso pretendere di influenzare la condotta dell'uomo mediante la minaccia di pena. In altri termini, ai fini della stessa efficacia deterrente del diritto penale, è, dunque, necessario che il timore di poter incorrere in una sanzione punitiva eserciti sull'agente "condizionamento" idoneo ad indurlo a non delinquere.

Se da un lato si ha la consapevolezza che l'uomo non può non rinunciare alla sua libertà, dall'altro si constata che i progressi delle scienze sociali evidenziano sempre più i forti condizionamenti che caratterizzano l'agire umano. Stante tali constatazioni si è preferito conseguentemente abbandonare l'antica disputa tra determinismo ed indeterminismo intesa questa in termini necessariamente alternativi, o esiste il determinismo o esiste l'indeterminismo,

per accedere alla tesi delle libertà condizionata che sembra in un certo qual modo scavalcare tale insoluto ed insolubile dilemma; impostazione quest'ultima ritenuta comunque più proficua ai fini giuridici.

I due concetti possono, infatti, trovare una sintesi nel concetto di libertà consapevole che individua come tale l'essenza della individualità e quindi della soggettività nella differenza tra individui³²⁸. Infatti, se l'uomo non fosse libero nelle sue scelte non avrebbero alcun senso i giudizi di merito e di colpa, strettamente connessi con il concetto di bene e male e, quindi, non avrebbe senso a questo punto la stessa distinzione tra bene e male.

Per comprendere a fondo l'impatto delle neuroscienze sul concetto di imputabilità è necessario, inoltre, fare alcune osservazioni anche su quella che da molti studiosi viene definita "crisi della psichiatria e della psicologia", ritenendo che anche quest'ultima abbia inciso notevolmente sull'avvento delle neuroscienze e sulle potenziali conseguenze che le stesse riverseranno sul mondo del diritto.

Sempre riprendendo le parole di Forza *"sullo stato di crisi della psichiatria e della psicologia non vi è molto da dire. Fin dal loro esordio come discipline autonome, la psichiatria rispetto alla medicina e la psicologia rispetto alla filosofia, la crisi si era innescata per la impossibilità di dare spiegazioni ai fenomeni mentali attraverso un unico modello teorico, a partire da quello organico-naturale"*³²⁹.

Le poche spiegazioni che queste discipline, sul finire del XIX secolo, potevano offrire agli aspetti psicopatologici del soggetto erano il mero frutto di intuizioni che faceva seguito a lunghi periodi di osservazione del paziente. Non vi erano, infatti, strumenti e tecniche di indagine adeguate per comprendere i

³²⁸ Tali considerazioni possono avere delle ripercussioni sul concetto giuridico di capacità di intendere e di volere dovendosi concepire tale capacità non tanto come verifica della insussistenza o meno in capo al soggetto agente della possibilità di agire in modo diverso, quanto piuttosto come verifica delle circostanze che altro soggetto nelle medesime condizioni in cui ha agito l'agente aveva o meno la possibilità di agire diversamente (in ciò consistendo il concetto di individualità, soggettività e, quindi, di libertà umana).

³²⁹ Forza A., *La sfida*, cit., 1377.

meccanismi del cervello, mentre la persona era ancora in vita. L'impossibilità di ricorrere a strumenti di indagine finì per condizionare l'ideale scientifico naturalistico: nella maggioranza dei quadri psicopatologici non era possibile assegnare una corrispondente patologia organica che ne costituisse la spiegazione causale. Lo psichiatria, al più, poteva comprendere come alcuni stati di sofferenza psichica o alcuni disturbi del comportamento ad esso correlati, dipendessero da particolari condizioni patologiche dell'individuo. Da lì, la nascita di altre, diverse prospettive teoriche.

Senza ripetere quanto già esposto in tema di vizio di mente, si ribadisce solo come la psichiatria da un modello organico-naturalistico passò poi a modelli di comprensione psicologico-personalistico (paradigma c.d. psicologico) ed ancora all'indirizzo sociologico ed infine ad un "modello integrato". La storia dei paradigmi interpretativi della malattia mentale, sviluppatasi nel corso del secolo scorso, è ricca di espressioni, anche inconciliabili tra loro, al punto da affermare che *"la psichiatria fosse più simile alla religione ed alla politica che alla scienza"*³³⁰.

Inneggabile che questa crisi abbia coinvolto anche l'imputabilità, quale categoria fondamentale del diritto³³¹.

In un'ottica generale, che voglia tirare le fila della già citata crisi della scienza (in particolare per quel che qui interessa, della scienza psichiatrica), del rapporto tra esperto e giudice (e più in generale tra scienza e diritto), del concetto di infermità mentale e dell'imputabilità, non si possono non fare alcune considerazioni più strettamente tecnico-giuridiche sulle conseguenze di questo dibattito. Finora l'attenzione è stata rivolta allo specifico concetto di imputabilità considerato nel suo significato pregnante, ma nulla si è ancora detto in merito al concetto di imputabilità quale categoria giuridica.

³³⁰ Szasz T. S., *Il mito della malattia mentale*, Milano, 1966, 109.

³³¹ Bertolino M., *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen., proc.*, 2005, 853 ss.

Il rilievo assume importanza, ancorché tema non ancora molto dibattuto in dottrina, soprattutto in riferimento a quelle correnti di pensiero che vorrebbero l'eliminazione del concetto *de quo*, senza, però, porsi il quesito di quali potrebbero essere le eventuali conseguenze. Assume importanza anche ai fini di una riflessione giuridico-penale che prenda atto del percorso che pian piano dottrina e giurisprudenza di legittimità stanno spianando.

Prendendo come spunto la sentenza delle Sezioni Unite³³² in tema di disturbi della personalità, non si può non rilevare come con operazione ermeneutica metodologicamente corretta, queste ultime abbiano letto nelle norme del codice non una ricezione rigida delle concezioni della psichiatria del tempo, bensì un rinvio aperto al sapere scientifico ed alla sua eventuale futura evoluzione. Sorge, pertanto, un problema di determinatezza, ovvero un problema di idoneità della clausola di rinvio utilizzata dal legislatore ad indicare con sufficiente precisione i criteri extralegislativi di riferimento.

Ciò non dipende, sul piano logico, dalla maggiore o minore estensione delle ipotesi di non imputabilità testualmente previste: il problema della determinatezza si pone su ciascuna ipotesi, o meglio per la descrizione di ciascuna ipotesi. Sia che il legislatore usi un'unica clausola generale (ad es. il concetto di infermità) sia che articoli la disciplina in una pluralità di formule (come il codice tedesco) la struttura logica del problema rimane la stessa.

Dalle scienze, il diritto si aspetta il sapere sul mondo di cui ha bisogno: conoscenze fattuali, leggi scientifiche, criteri di accertamento di fatti. Un diritto razionale ha vincoli di realtà e mediamente vincoli allo stato del sapere scientifico, nei termini indicati in via generale dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale in tema di plagio: la norma penale non può prendere in

³³² Cass. pen., 25 gennaio 2005, Rado, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

considerazione nessuna ipotesi che non sia verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato³³³.

Ulteriori vincoli contenutistici possono derivare, non da una “natura delle cose” astrattamente considerata, ma da principi sovraordinati allo stesso legislatore, che impongono vincoli normativi in funzione di determinati profili di realtà, ritenuti rilevanti nel mondo dei valori. E così i principi fondamentali del diritto penale, recepiti da carte costituzionali, impongono di riconoscere rilevanza ad elementi fattuali dai quali dipendono non semplicemente l’afferrabilità del fatto oggetto di disciplina (principio di legalità), ma anche la dimensione lesiva o pericolosa del fatto vietato (principio di offensività), la personalità della responsabilità (problema causale), la colpevolezza dell’agente (stati psicologici rilevanti ai fini del dolo, della colpa e dell’imputabilità)³³⁴.

La funzione tipizzante dei concetti utilizzati per indicare i presupposti della responsabilità, nel diritto penale, pertanto, pone esigenze specifiche (di precisione e di adeguatezza teleologica) che non necessariamente si pongono, invece, nei linguaggi da cui il diritto attinge i propri materiali linguistici³³⁵.

Il punto, quindi, è se mantenere una interpretazione “tassativizzante”, ma superata (quale quella di infermità mentale, sempre in riferimento alla pronuncia in tema di disturbi della personalità) oppure se preferirne una “detassativizzante”, ma ammodernatrice. Questo il dilemma³³⁶.

Questo rilievo è rivolto ora alla nozione di vizio di mente, ma potrebbe ben ripresentarsi in riferimento a molte altre nozioni che concernono la capacità di intendere e di volere, prima fra tutte il generale concetto di imputabilità. In

³³³ Corte cost., 08 giugno 1981, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1147.

³³⁴ Cfr. Pulitanò D., *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, 1.

³³⁵ Basti pensare come nella prassi psichiatrica non vi sia interesse a fissare un concetto di malattia mentale nei termini in cui, diversamente, ha interesse il diritto penale.

³³⁶ Invero, in merito alla pronuncia in tema di disturbi della personalità, si può affermare che la Corte di Cassazione ha preso posizione scegliendo di percorrere la strada della modernità, aprendosi ad un’interpretazione del concetto di infermità mentale più ampio di quanto non fosse stato finora considerato.

tal senso le voci sorte in seno alla dottrina di una eventuale eliminazione del concetto *de quo* non possono, quindi, non scontrarsi con il pericolo di un vuoto normativo o più generalmente, con il venir meno di un concetto radicato nel nostro ordinamento penale che non potrebbe non essere interpretato come una pericolosa caduta nel limbo dell'indeterminatezza.

Senza considerare, poi, che il concetto di imputabilità ha una valenza costituzionale, sia in riferimento al profilo del principio di colpevolezza che di quello della sanzione. È la stessa Corte a precisare che l'imputabilità ha, oggi, *“un ruolo sempre più centrale e fondamentale, secondo la triplice prospettiva “di principio costituzionale, di categoria dommatica del reato, di presupposto e criterio guida della sanzione penale”*³³⁷.

Pertanto, si può concludere che inevitabili riflessi di indeterminatezza si riverberano sui criteri di imputazione della responsabilità penale e ciò viene accentuato proprio in considerazione del fatto che il concetto di imputabilità, come più volte in questo elaborato si è affermato, è al tempo stesso empirico e normativo. Per poter rispettare il principio di legalità-tassatività-determinatezza, cardine dell'intero diritto penale, e non ricadere in violazioni di principi fondamentali non resta altro che, in tema di valutazione dell'imputabilità (e nello specifico di infermità mentale), pretendere ed ottenere dalla valutazione c.d. di “secondo livello” il rigore che solo il metodo scientifico, se ben utilizzato, potrebbe assicurare.

Pertanto, se i tempi non appaiono maturi per una rinuncia al concetto di imputabilità, il problema è di procedere ad una sua ridefinizione attraverso la valorizzazione delle più aggiornate acquisizioni scientifiche.

³³⁷ Cass. pen., 25 gennaio 2005, Rado, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

CAPITOLO III

LA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009
1.1. La vicenda 1.2. Le perizie sulla capacità di intendere e di volere 1.3. Il ruolo delle neuroscienze 2. La sentenza del Tribunale di Como, 20 maggio 2011 2.1. La vicenda 2.2. Le perizie sulla capacità di intendere e di volere 2.3. Il ruolo delle neuroscienze

1. La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009

La Corte d'Assise d'Appello di Trieste³³⁸ ha dichiarato colpevole l'imputato dei reati a lui ascritti e, concesse le attenuanti generiche e la riduzione per la diminuita imputabilità, oltre alla riduzione per il rito, lo ha condannato alla pena di otto anni di reclusione. L'imputato era processato per il reato di omicidio premeditato, con l'aggravante di aver agito per motivi abietti e futili.

1.1. La vicenda

Il 10 marzo 2007 veniva segnalato alla Questura di Udine il rinvenimento di un cadavere, la cui morte veniva subito riferita ad evidenti ferite inferte da un oggetto da punta e da taglio presenti sul corpo. Lo stesso giorno veniva

³³⁸ Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, 1, 70. Commenti di: Forza A., *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. Pen.*, 2010, 1, 75 ss; Codognotto S., Sartori G., *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, XXII, 2, 269 ss.; Marchetti P., *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2012, 2, 1 ss.

individuato un soggetto straniero recatosi all'ospedale per curare alcune ferite, soggetto poi rivelatosi l'imputato.

Lo stesso affermava di essere stato aggredito da un gruppo di giovani mulatti e, riuscito a scappare, si era recato a casa, ma a seguito delle ferite riportate aveva deciso di recarsi al nosocomio.

Gli agenti di servizio, però, avendo notato sul giaccone del soggetto tracce di sangue raggrumato ed, in considerazione che il medico astante riscontrava al paziente delle escoriazioni al torace, delle contusioni al volto ed un'emorragia alla congiuntiva, lo stesso veniva invitato in Questura per essere interrogato. Sin da subito risultava veritiera l'aggressione subita dall'imputato; poco compatibili, invero, le tracce ematiche sul giubbotto con la riferita aggressione.

Dopo un'iniziale reticenza, l'imputato confessava di aver accoltellato la persona il cui cadavere era stato ritrovato poche ore prima. Raccontava che mentre rientrava a casa (con gli occhi truccati per motivi religiosi, come era sua abitudine fare) notava una persona che lo fissava insistentemente facendogli dei gesti con intento provocatorio e di derisione e che lo apostrofava come gay. Da qui una discussione tra loro, degenerata con una aggressione a seguito della quale, l'imputato acquistava un coltello e si recava al sottopassaggio della stazione dove si imbatteva nella vittima e la accoltellava.

Dalla consulenza medico-legale emergeva che la morte della vittima era stata cagionata da cinque coltellate: due colpi interessavano la carotide che veniva lacerata, un terzo colpo interessava la regione posteriore della spalla sinistra alla base del collo che recideva la trachea, due colpi interessavano la regione anteriore del torace che fratturavano lo sterno e laceravano il ventricolo destro.

L'esame delle tracce ematiche effettuato portava a rinvenire sui jeans, sulla felpa, sul giubbotto e sul coltello impronte riconducibili all'imputato ed alla vittima. In sede di incidente probatorio si procedeva a perizia psichiatrica sulla

persona dell'imputato che era risultato essere conosciuto ed assistito in passato dai Servizi di Salute Mentale.

L'imputato, di origine algerina, riferiva di essere cresciuto in una famiglia numerosa con nove fratelli con i quali aveva sempre avuto un buon rapporto, nonostante delle problematiche relative alla condotta scolastica, non sempre brillante. Abbandonati gli studi, entrava nell'esercito algerino come militare per poi iniziare a lavorare come muratore. Successivamente si trasferiva in Italia alla ricerca di migliori opportunità di guadagno.

Nel 2005, l'imputato prendeva contatto con il Centro di Salute Mentale di Udine e, ritenuto affetto da vissuti deliranti, gli era stata prescritta una terapia che comportava la somministrazione di farmaci neurolettici. Ancora nell'agosto del 2005 i medici curanti segnalavano come l'imputato lamentasse di vivere allucinazioni auditive. I rapporti con il Centro di Salute Mentale venivano mantenuti sino al settembre 2006.

Alla luce delle risultanze probatorie, il Giudice di primo grado riconosceva l'imputato parzialmente capace di intendere e di volere.

Escludeva il ricorrere dell'aggravante della premeditazione ritenendo che l'acquisto del coltello successivamente al litigio poteva rientrare nel novero di una normale attività preparatoria tipica di qualsiasi azione umana. Non riteneva sussistente nemmeno l'aggravante dei motivi abietti e futili dal momento che nessun motivo è, di per sé, proporzionato all'omicidio e che l'aver ucciso *“per vendicarsi dalla violenta aggressione del gruppo sia stato un motivo certamente non condivisibile, ma non futile”*³³⁹.

Concludeva, pertanto, per la condanna a nove anni e due mesi di reclusione.

³³⁹ Pietrini P., Sartori G., *Come evolve il ruolo della perizia psichiatrica alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze*, in *Guida al dir., Focus on line*, 2011, 8, 14.

1.2. Le perizie sulla capacità di intendere e di volere

Il Giudice nominava un perito al fine di poter disporre di perizia psichiatrica sull'imputato per valutare la sua capacità di intendere e di volere.

Espletato l'incarico, l'esperto concludeva per ritenere l'imputato affetto da un'importante patologia psichiatrica di stampo psicotico ed, in particolare, rilevava un disturbo psicotico di tipo delirante in soggetto con disturbo della personalità con tratti impulsivi-asociativi e con capacità cognitiva-intellettuale ai limiti inferiori della norma. Al momento del fatto si sarebbe trovato in una condizione di scompenso avendo interrotto da tempo le cure neurolettiche. Sarebbe stato, pertanto, capace di partecipare coscientemente al processo, quasi totalmente incapace di intendere e, soprattutto, totalmente incapace di volere.

Veniva, inoltre, ritenuto persona socialmente pericolosa.

Il consulente della difesa perveniva a collusioni sostanzialmente conformi, ritenendo l'imputato affetto da una vera e propria psicosi schizofrenica scompensata e, dunque, totalmente incapace di intendere e di volere e, addirittura incapace di partecipare al processo coscientemente. Si concludeva, tuttavia, per la sua non pericolosità sociale.

Infine, il consulente tecnico del Pubblico Ministero riteneva che le ipotesi formulate dal perito in ordine ai moventi dell'azione dell'imputato (vendetta, isolamento sociale, cure incostanti) avrebbero infirmato la certezza delle conclusioni. Riteneva, in conclusione, che la capacità di intendere e di volere dell'imputato fosse solo grandemente scemata.

Alla luce di queste perizie, il Giudice di primo grado, rivalutando gli elementi concreti di giudizio acquisiti (comportamento antecedente ai fatti, anche nel periodo di sospensione delle cure, consapevolezza dell'antigiuridicità del proprio comportamento desumibile dal nascondimento del coltello, dal lavaggio degli abiti e dal comportamento improntato ad indifferenza successivamente al delitto) concludeva che la patologia da cui l'imputato era

affetto avesse solamente influenzato, al più, una *normale* volontà di vendetta. Riteneva pertanto, l'imputato parzialmente incapace di intendere e di volere.

1.3. Il ruolo delle neuroscienze

La Corte d'Assise d'Appello di Trieste, considerate le conclusioni diverse dei vari esperti (per l'accusa si trattava di un'infermità derivante da condizioni grandemente scemate di volizione e di comprensione, e, quindi, residuava una capacità di intendere e di volere; per la difesa, viceversa, sussisteva una forma psicotica talmente grave da abolire totalmente la capacità di intendere e di volere) dispone, ai sensi dell'art. 603 c.p.p., una nuova perizia conferendo l'incarico a due eminenti cattedratici, rispettivamente dell'università di Pisa e dell'università di Padova (il primo esperto di Neuroscienze Molecolari, il secondo di Neuropsicologia Clinica) per rispondere al quesito circa le reali condizioni di infermità dell'imputato al momento del fatto.

L'approccio dei nuovi periti si caratterizza per un taglio decisamente diverso che amplia la tradizionale metodologia psichiatrica con altra basata sulle più recenti acquisizioni delle neuroscienze cognitive e molecolari nonché con il ricorso a tecniche di *imaging* sul funzionamento cerebrale e ad indagini genetiche.

La Corte d'Assise d'Appello facendo proprie le conclusioni a cui sono pervenuti i due cattedratici nello svolgimento dell'incarico conferito (finalizzato a risolvere le discrepanze fra perito, consulenti di parte e Giudice di primo grado) afferma, per la prima volta nella nostra giurisprudenza, che nella valutazione della graduazione del tasso di infermità mentale possono essere tenute in considerazione le caratteristiche del patrimonio genetico del soggetto che, in qualche modo, possono fungere da facilitatori del comportamento aggressivo.

In particolare, si sottolinea che la patologia psichiatrica di cui l'imputato era affetto, implementata dallo straniamento dovuto dall'essersi trovato nella necessità di coniugare il rispetto della propria fede islamica integralista con il modello comportamentale occidentale, abbia determinato un importante deficit nella sua capacità di intendere e di volere ancorché non tale da obnubilare del tutto la sua capacità di comprendere il disvalore della propria azione né di esercitare, sotto il profilo volitivo, un controllo sui propri impulsi, anche in considerazione dei tempi intercorsi dal verificarsi della causa scatenante. Si tratta di tempi che avrebbero, anche in persona di ridotta capacità intellettuale, consentito di rimeditarne il significato.

I periti nominati dalla Corte, senza stravolgere i presupposti ideologici dettati dalla cornice normativa, si limitano ad introdurre le metodiche specifiche delle neuroscienze nell'accertamento di quella fattispecie normalmente prevista dalla legge che è la incapacità di intendere e di volere; novità nel "come", non nel "cosa". Essi, infatti, concordano sostanzialmente con la diagnosi del perito incaricato in primo grado che riscontrò un *"Disturbo psicotico di tipo delirante (diagnosi principale), in soggetto con disturbo della personalità con tratti impulsivi-asociali e con capacità cognitivo-intellettive collocabili ai limiti inferiori della norma"*.

Le indagini peritali (diagnosi descrittiva³⁴⁰, diagnosi di sede³⁴¹, diagnosi di natura³⁴²) sono state svolte con particolare accuratezza e risultano immuni da

³⁴⁰ Per diagnosi descrittiva si intende l'identificazione dei sintomi, in questo caso psichici. A tal fine sono utilizzati i più classici strumenti della clinica psicopatologica (raccolta anamnestica, colloqui clinici, test di personalità) con anche una particolare attenzione all'esame neuropsicologico per individuare eventuali specifici deficit cognitivi e comportamentali.

³⁴¹ Per diagnosi di sede si intende l'identificazione dell'alterazione anatomica e funzionale che origina i sintomi. A tal fine si è proceduto a particolari accertamenti di tipo neurofisiologico. In particolare, per valutare lo stato dei circuiti neurali coinvolti nel controllo dell'azione, l'indagine peritale ha indagato l'attività cerebrale del periziando (tramite tecnica fMRI) in concomitanza allo svolgimento di quest'ultimo di un compito sperimentale di "blocco dell'azione" (ossia un compito che richiede l'inibizione di una azione spontaneamente innescata). Questo compito aveva la funzione di attivare i circuiti cerebrali del controllo dell'azione impulsiva al fine di rilevare eventuali difformità rispetto al funzionamento tipico rilevato su un gruppo di soggetti sani di controllo che fungevano da riferimento.

illogicità sul piano procedimentale e da argomentazioni antinomiche. A parere della Corte, esse “*restituiscono un quadro coerente e credibile della condizione mentale dell'imputato concludendo per la sua parziale incapacità di intendere e di volere*”³⁴³.

Trattasi della triplice partizione dell'atto diagnostico che esprime al meglio il metodo neuroscientifico: conoscenza (del fenomeno psicopatologico) attraverso la convergenza di dati biologici e dati comportamentali.

L'imputato è stato sottoposto alle classiche valutazioni di psichiatria forense, ovvero il colloquio clinico e la raccolta di informazioni anamnestiche. Questo approccio, sia pur efficace ed indispensabile nel contesto clinico, origina dei conflitti interpretativi nella valutazione psichiatrico-forense a causa della bassa oggettività del colloquio clinico e della conseguente ridotta concordanza diagnostica. Da solo, pertanto, non è sufficiente per raggiungere quel grado di certezza della conclusione richiesto dal contesto forense.

Al fine di alzare il livello di oggettività delle conclusioni, accanto alla somministrazione di un test di personalità (*Million Clinical Multiaxial Inventory, MCMI-III*), i periti hanno optato per una intervista semistrutturata (*Comprehensive Assesment of At Risk Mental States*) che consentisse loro di esplorare meglio quanto emerso dalle precedenti cartelle cliniche e dai resoconti del periziando stesso.

Dal *Million Clinical Multiaxial Inventory, MCMI-III* si evidenzia così un profilo di personalità caratterizzato da insicurezza, bassa autostima e bisogno di affidarsi agli altri assumendo un ruolo passivo nei rapporti interpersonali. Si sono evidenziati, inoltre, alti livelli d'ansia con la tendenza alla somatizzazione ed alternanza di maniacalità e sentimenti di scoraggiamento e colpa, mancanza di iniziativa, comportamento apatico e scarsa autostima.

³⁴² Per diagnosi di natura si intende il meccanismo causativo dell'alterazione anatomica e funzionale che a sua volta è all'origine dei sintomi specificati nella diagnosi descrittiva. Le genetica molecolare studia l'influenza del profilo genetico sullo sviluppo del sistema nervoso e conseguentemente sul comportamento degli individui.

³⁴³ Pietrini P., Sartori G., *Come evolve*, cit., 14.

Infine, è emersa la presenza di un disturbo del pensiero ed un disturbo da delirio, elementi che conducono ad ipotizzare problematiche di tipo psicotico.

L'intervista semistrutturata (Comprehensive Assessment of At Risk Mental States) ha consentito di esplorare i sintomi ed i segni di una psicosi mettendo in evidenza la presenza di un disordine del contenuto del pensiero (con perplessità ed idee non cristallizzate, idee bizzarre ed idee non bizzarre) ed anormalità percettive come cambiamenti visivi (gli edifici che si modificano), cambiamenti uditivi (allucinazioni uditive riferite alle voci degli angeli) e cambiamenti somatici (il corpo che si gonfia)³⁴⁴.

La neuropsicologia³⁴⁵ applicata al caso *de quo* ha messo in luce un quoziente intellettivo ai limiti inferiori della norma, evidenziando difficoltà linguistiche e mnestiche quali incapacità di riconoscimento di espressioni metaforiche ed idiomatiche ed incapacità a riportare episodi autobiografici specifici.

Sottoposto al test di *Teoria della Mente*³⁴⁶ il risultato è stato di una capacità deficitaria poiché il periziando non era in grado di valutare adeguatamente il

³⁴⁴ Ai fini dell'indagine sull'effettiva capacità di bloccare l'azione e sulla sussistenza del c.d. "impulso irresistibile", su impulso della giurisprudenza anglosassone si propone il test legale del "poliziotto con la pistola a fianco". La prova consiste nel chiedere all'imputato che comportamento avrebbe tenuto in presenza di un poliziotto con la pistola. Se il periziando risponde che avrebbe comunque compiuto l'azione, ciò indicherebbe la presenza di un impulso talmente forte che nemmeno la presenza del poliziotto avrebbe potuto contrastarla. Il che tradotto significa che il soggetto non è in grado di inibire l'azione nemmeno con la presenza dell'autorità e che era in preda ad un impulso irrefrenabile. Se, invece, come risposta si afferma che l'azione criminale non sarebbe stata commessa sta ad indicare che l'imputato sarebbe stato in grado di inibire i propri impulsi aggressivi di fronte al deterrente poliziotto. L'imputato, all'esito del test, affermava che in presenza di un ipotetico poliziotto non avrebbe accoltellato l'uomo. Si veda Codognotto S., Sartori G., *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, XXII, 2010, 2, 272.

³⁴⁵ Ovvero la disciplina che si occupa di studiare le modificazioni dei processi cognitivi ed i deficit cognitivi, emotivi e comportamentali a seguito di lesioni o alterazioni del sistema nervoso centrale. Grazie a questa è possibile identificare le alterazioni cognitive e comportamenti collegati alla patologia mentale che possono influire negativamente sulla capacità di operare una scelta ragionata tra diverse opzioni d'azione (libero arbitrio) e sulla capacità di autodeterminazione.

³⁴⁶ Il test di *Teoria della Mente* indaga la capacità del soggetto di mettersi nei panni degli altri e comprenderne gli stati mentali. Al soggetto viene chiesto di effettuare valutazioni sul contenuto di determinate situazioni proposte, spiegando perché i protagonisti si sono comportati in quel modo. Cfr. Codognotto S., Sartori G., *Neuroscienze in tribunale*, cit., 274.

comportamento messo in atto dai protagonisti delle storie componenti il test. Non era in grado, inoltre, di effettuare corrette valutazioni sulle situazioni sociali, manifestando difficoltà nel riconoscere correttamente violazioni e comportamenti adeguati oltre che ottenendo prestazioni deficitarie nella valutazione della gravità della violazione di regole sociali.

Per valutare la capacità di inibizione, l'imputato è stato sottoposto ai test *Stop Signal*³⁴⁷ e *test di Stroop*³⁴⁸ dai quali emergeva che egli presentava tempi di reazione più lunghi (anche se non statisticamente significativi) di quelli del gruppo di soggetti di controllo, oltre che ad *“una tendenza a rispondere prima del segnale stabilito nel test stop-signal (in 23 casi su 60) [che] può essere considerata indicativa di una riduzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria”*³⁴⁹.

Il soggetto è stato sottoposto anche alla Risonanza Magnetica Funzionale³⁵⁰ (realizzata nel corso dello svolgimento dello *Stop Signal* e del *test di Stroop*) dalla quale si è evidenziato che, dal punto di vista cerebrale, vi erano alcune alterazioni nel grado di attivazione cerebrale a livello frontale e, considerati i sintomi psicotici evidenziati nel periziando, è stato così possibile confermare

³⁴⁷ Il compito dello *stop-signal* consiste nella presentazione di stimoli visivi (ad es. un semaforo verde) a cui il soggetto deve rispondere premendo un tasto il più velocemente possibile. Questo stimolo è denominato segnale di *go*. In un numero ridotto di prove (ad es. 15% delle prove totali), il segnale di *go* è seguito da un segnale di *stop* (ad es. un quadrato rosso), che compare prima che il soggetto abbia effettivamente risposto e che “ordina” al soggetto di interrompere il processo di risposta. Dal conteggio delle risposte effettivamente interrotte o inibite e dall'analisi dei tempi di reazione ed inibizione, è possibile ottenere una stima della capacità di inibizione dell'azione dell'individuo.

³⁴⁸ Il *test di Stroop* è utilizzato per la valutazione dell'attenzione selettiva, della flessibilità cognitiva, della sensibilità all'interferenza e dei processi inibitori. Esso misura la facilità con cui un paziente può passare da un set percettivo ad un altro in relazione al variare delle richieste, sopprimendo risposte abituali in favore di altre inusuali. Il soggetto veniva invitato a leggere il più rapidamente possibile delle parole, a denominare i colori ed a denominare il colore in cui erano scritte le parole presentate.

³⁴⁹ Pietrini P., Sartori G., *Come evolve*, cit., 17.

³⁵⁰ Trattasi, come già descritto dei capitoli precedenti, di tecniche di *neuroimaging* che consentono lo studio strutturale e funzionale (ovvero in vivo) dell'encefalo e permettono di individuare le aree che, se lesionate, possono provocare quei deficit e comportamenti che compromettono la capacità di autodeterminazione. Alcune aree cerebrali (in particolare quelle situate nel lobo prefrontale) sembrano essere necessarie al controllo del comportamento: se disfunzionali, a causa di un qualsiasi evento traumatico possono causare gravi anomalie comportamentali, con tendenza all'aggressività, all'impulsività e, di conseguenza, al comportamento violento e criminale.

quanto noto in letteratura per i pazienti con questo tipo di patologia psichiatrica. È emersa piena coerenza fra sintomatologia e correlato neurale e questo, ovviamente, ha un ruolo fondamentale nell'oggettivazione del disturbo.

Sotto questo profilo sono risultate significative le indagini genetiche effettuate dai periti volte alla ricerca dei polimorfismi genetici³⁵¹ significativi per modulare le reazioni a variabili ambientali fra le quali, in particolare, l'esposizione ad eventi stressanti ed a reagire agli stessi con comportamenti di tipo impulsivo.

Numerose ricerche di genetica molecolare hanno, infatti, dimostrato come alcuni polimorfismi genetici siano in grado di modulare la probabilità di sviluppare diversi tipi di comportamento antisociale.

Gli studi relativi all'influenza dei geni sul comportamento, in combinazione con l'ambiente di sviluppo dell'individuo, hanno portato ad individuare particolari geni che sono almeno in parte responsabili dell'insorgenza di una serie di comportamenti di tipo antisociale³⁵².

Questa indagine, come noto del tutto innovativa rispetto al livello di approfondimento corrente degli accertamenti giudiziari, ha consentito, attraverso l'esame di un campione di sangue con cui è stato possibile esaminare la presenza dei principali polimorfismi che la letteratura specialistica ha riscontrato conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, di accertare che l'imputato *“risulta possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono risultati conferire*

³⁵¹ I polimorfismi genetici si riferiscono alla presenza di più di un allele normale ad un determinato *locus*. Sono delle variazioni genetiche che si presentano con una frequenza maggiore dell' 1% e vengono utilizzati nelle analisi genetiche.

³⁵² Risulta pacifico che i geni giocano un ruolo fondamentale nella spiegazione del comportamento. Una parte della ricerca scientifica nel campo della genetica molecolare si sta concentrando sull'identificazione di specifici geni responsabili di diverse forme di comportamento antisociale e criminale. L'effetto di una particolare conformazione genetica non è diretto, ma moderato da alcune variabili ambientali, la più importante delle quali è l'esposizione ad eventi stressanti in periodi critici dello sviluppo.

un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo (socialmente inaccettabile). In particolare, rende il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente. È opportuno sottolineare che tale “vulnerabilità genetica” risulta avere un peso ancor più significativo nel caso in cui l’individuo sia cresciuto in un contesto familiare e sociale non positivo e sia stato, specialmente nelle prime decadi della vita, esposto a fattori ambientali sfavorevoli, psicologicamente traumatici o negativi”³⁵³.

Sulla base di tutti questi test, oltre che dei colloqui avuti con l’imputato, è risultato che la sua capacità di intendere e di volere sarebbe stata grandemente scemata.

In particolare, la significativa riduzione della *capacità di intendere* si evince dalla estrema difficoltà, in un quadro psichiatrico caratterizzato da una personalità di tipo dipendente-negativistico, da un importante disturbo ansioso-depressivo accompagnato da pensieri deliranti ed alterazioni del pensiero associato a disturbi cognitivi, di interpretare correttamente la situazione nella quale si trovava (pur non risultando tali deficit di livello talmente grave da abolire la capacità di intendere)³⁵⁴. Il tutto è associato a deficit cognitivi quali una difficoltà di ragionamento astratto, una difficoltà di concentrazione ed attenzione, una difficoltà a carico delle funzioni mnestiche ed un importante deficit di intelligenza sociale (in particolare, una incapacità di mettersi nei panni altrui e di valutare i comportamenti socialmente accettabili).

Analogamente anche la *capacità di volere* è grandemente scemata. Elemento ad essa relativo è l’impulsività e, di convesso, la capacità di inibire una risposta motoria già iniziata. L’imputato, nello specifico, riesce a fornire una risposta

³⁵³ Pietrini P., Sartori G., *Come evolve*, cit., 18.

³⁵⁴ La Corte specifica comunque che, in ogni caso, le differenze culturali e la fede religiosa professata non potrebbero in ogni caso costituire un fondamento giustificativo per un’aggressione a fini omicidi con un coltello a fronte di quel tipo di provocazione che certamente neanche nel suo contesto sociale e culturale d’origine troverebbero legalizzazione e comprensione.

negativa alla sollecitazione riguardante la presenza del poliziotto indicando la capacità di inibire i propri impulsi aggressivi di fronte al deterrente proposto.

Tuttavia, al compito riguardante lo *stop signal*, egli presenta una riduzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria e l'esame condotto attraverso la risonanza magnetica funzionale ha dimostrato una alterazione funzionale frontale rispetto ad un gruppo di soggetti sani di controllo.

Infine, dal punto di vista genetico si sono evidenziati diversi poliformismi che permetterebbero di formulare delle spiegazioni di causazione probabilistica del comportamento patologico e di vulnerabilità psichiatrica nel soggetto portatore.

È la rilevanza di tali considerazioni (ovvero che determinati geni presenti nel patrimonio cromosomico dell'imputato lo renderebbero particolarmente reattivo in termini di aggressività in presenza di situazioni di stress) ad indurre la Corte a rivalutare la decisione del GUP di non applicare nel massimo la riduzione di pena possibile per il difetto di imputabilità.

Proprio l'importanza del *deficit* riscontrato dai periti con queste nuovissime risultanze frutto dell'indagine genetica portano a ritenere che la riduzione possa essere effettivamente operata nella misura massima di un terzo.

È possibile così affermare che in questa sentenza le neuroscienze hanno svolto un ruolo fondamentale ed, in particolare, tra le diverse tecniche utilizzate, quelle relative all'analisi genetica dell'individuo. Infatti, i grandi progressi della biologia molecolare e della genetica hanno permesso di cominciare a comprendere il ruolo svolto dal patrimonio genetico nel determinare non soltanto i tratti fisici dell'individuo, ma anche la predisposizione a sviluppare determinate caratteristiche della personalità, del comportamento o certe patologie.

Non dando fondamento ad alcuni preconcetti che tendono a stigmatizzare l'influenza genetica sul comportamento come mero tentativo di negare il libero arbitrio, esistono ormai pochi dubbi sul fatto che i geni giochino un ruolo

importante nel modulare il comportamento umano normale e patologico e, di conseguenza, anche il comportamento criminale³⁵⁵.

La pronuncia qui in commento rappresenta la prima decisione in Europa in cui la genetica comportamentale riesce ad influenzare una pronuncia giudiziaria al punto da consentire una significativa riduzione di pena ad un condannato per omicidio, sulla base di una perizia psicologica indipendente. I dati scientifici utilizzati provenivano dall'esame neuropsicologico, dall'*imaging* funzionale e dalla genetica molecolare del comportamento del soggetto.

La sentenza ha valorizzato la maggiore oggettività delle tecniche derivanti dalle neuroscienze e ha esplicitamente menzionato il miglioramento che queste permettono di raggiungere nella diagnosi descrittiva della sintomatologia (test neuropsicologici), nello studio del correlato neurale della malattia mentale (MRI e fMRI) e nella diagnosi di natura (ovvero studio dei fattori di rischio psicosociale e genetico).

³⁵⁵ *"Sebbene nessuno studio finora abbia dimostrato che esiste un effetto causativo dei geni sul comportamento, cioè nessuna variante genetica determina inevitabilmente lo sviluppo del fenotipo ad essa associato, oltre un centinaio di lavori condotti confrontando tra loro gemelli monozigoti, gemelli dizigoti e fratelli adottivi indicano che il 50% delle variabilità nel comportamento è attribuibile ad influenze genetiche. Tra i più noti vi è il gene che codifica la monoamino ossidasi A (MAOA), il principale enzima deputato al metabolismo delle catecolamine [...] l'interesse per il gene MAOA in relazione al comportamento aggressivo è nato dall'osservazione nei primi anni '90 che i maschi di una famiglia olandese con una pesantissima storia di comportamento violento e antisociale possedevano una mutazione a carico del gene MAOA che lo inattivava completamente. [...] questa mutazione così grave è estremamente rara, ma ha aperto la strada allo studio del significato funzionale dei polimorfismi di questo gene, cioè di quelle varianti che possono portare alla sintesi di un enzima che, seppur presente, risulta meno efficiente di quello normale. Studi epistemologici condotti su popolazioni numerose hanno riscontrato che individui maschi con la variante MAOA a bassa efficienza (L-MAOA) e che sono cresciuti in un ambiente sfavorevole hanno un rischio molto maggiore degli individui con la variante ad alta efficienza (H-MAOA) parimenti cresciuti in ambiente sfavorevole. Insomma, gli individui L-MAOA sono maggiormente vulnerabili agli effetti degli eventi ambientali subiti in età infantile. Si pensi che una qualche forma di comportamento antisociale è stata riscontrata in ben l' 85% degli individui L-MAOA cresciuti in situazioni di grave maltrattamento e abuso. Il peso del rischio legato a possedere l'allele L-MAOA è paragonabile a quello dei maggiori fattori di rischio (diabete, ipertensione, obesità) per le malattie cardiovascolari. Recentemente, studi di brain imaging hanno riscontrato differenze morfologiche e funzionali in alcune aree cerebrali tra individui con L-MAOA e H-MAOA, suggerendo che i polimorfismi genetici possano modificare lo sviluppo di circuiti nervosi nel cervello."* Così Pietrini P., Sartori G., *Come evolve*, cit., 5.

Viene riconosciuta efficacia probatoria alle neuroscienze cognitive e molecolari segnalando come l'utilizzo di queste tecniche aumenti la certezza che ci si trovi di fronte ad una vera e propria infermità mentale.

2. La sentenza del Tribunale di Como, 20 maggio 2011

Il Tribunale di Como³⁵⁶, in persona del Giudice dell'udienza preliminare, Dott.ssa Lo Gatto, ha dichiarato colpevole l'imputata dei reati ascritti e, concessa la diminuzione del vizio parziale di mente valutata equivalente alle contestate aggravanti, riconosciuta la continuazione tra i reati accertati a suo carico, con la riduzione per il rito prescelto (giudizio abbreviato) ha condannato l'imputata alla pena di vent'anni di reclusione nonché al pagamento delle spese processuali ed alle spese di mantenimento in carcere.

Ha dichiarato, inoltre, l'imputata interdetta dai pubblici uffici e, durante il tempo della pena, interdetta legalmente e sospesa dalla potestà genitoriale. Infine, ha disposto la misura di sicurezza del ricovero in luogo di casa e cura per la durata non inferiore ad anni tre.

2.1. La vicenda

Nell'ottobre 2009, a Cirimido (Como), l'imputata è stata arrestata in flagranza di reato per aver tentato di uccidere la madre: l'intervento tempestivo degli investigatori è stato possibile perché all'epoca l'imputata era già indagata per la scomparsa della sorella e, di conseguenza, monitorata anche attraverso

³⁵⁶ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 2011; Terracina D., *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*, in *Guida al dir.*, 2012, 5, 63 ss.; Collica M.T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011.

intercettazioni ambientali. L'ascolto in diretta di quanto stava accadendo all'interno dell'abitazione in cui l'imputata viveva con i genitori ha permesso ai Carabinieri di arrivare presso l'abitazione appena in tempo per trovare la madre riversa a terra, in stato cianotico e parzialmente cosciente e con indosso un grembiule in fiamme che le stava ustionando il corpo.

Le indagini a carico dell'imputata erano iniziate nel luglio del 2009 quando la stessa si era presentata presso la stazione dei Carabinieri per denunciare la sorella per truffa ed appropriazione indebita; a riprova aveva anche portato una missiva dalla quale si evinceva che la sorella si sarebbe assunta tutte le relative accuse. Il tenore della denuncia non aveva, però, convinto gli inquirenti a causa delle troppe incongruenze ed illogicità del racconto della donna oltre al fatto che l'imputata in quella stessa sede informava gli stessi della scomparsa della sorella che, a suo dire, risaliva a due mesi prima.

Sono bastate alcune verifiche per confermare i dubbi degli inquirenti per iscrivere la donna nel registro degli indagati perché sospettata di aver sequestrato la sorella.

A seguito di una perquisizione in una abitazione di proprietà della famiglia dell'imputata fu ritrovato lo scheletro carbonizzato di una donna, identificata nella sorella dell'imputata, uccisa orientativamente nel mese di maggio del 2009. Non si è potuto accertare la causa della morte a causa dell'elevato grado di carbonizzazione e decomposizione del corpo; si sono rilevate, però, tracce di benzodiazepine e di promazina nel cadavere.

Dall'episodio, le indagini a carico dell'imputata si sono intensificate sino all'arresto in flagranza avvenuto ad ottobre.

Si è potuto, così, appurare che l'imputata aveva ucciso la sorella maggiore, segregandola in casa e costringendola ad assumere psicofarmaci in dosi tali da causarne il decesso. Successivamente diede fuoco al cadavere. Nell'ottobre, durante un diverbio con la madre, tentò di strangolarla con una cintura.

Dall'intero disegno criminoso emerso, l'imputata fu chiamata a rispondere del sequestro di persona e poi dell'omicidio della sorella, nonché dei reati di soppressione e distruzione di cadavere, di indebito utilizzo di carte di credito e di procurata incapacità di intendere e di volere del padre attraverso la somministrazione di medicinali che ne provocarono il ricovero in ospedale, di tentato omicidio della madre attraverso strangolamento.

2.2. Le perizie sulla capacità di intendere e di volere

Inizialmente la questione dell'imputabilità è stata posta dai difensori della donna che avevano chiesto una prima relazione psichiatrica ad un consulente di parte. Disposti due colloqui clinici nel gennaio 2010, il consulente della difesa aveva subito concluso che, quanto meno alla data dell'ultimo crimine nell'ottobre del 2009, l'imputata aveva agito sotto l'effetto di una condizione patologica di tipo psicotico (nessuna diagnosi è stata offerta dal consulente) che l'aveva resa totalmente incapace di intendere e di volere (nulla il consulente afferma in merito al periodo anteriore in cui sono stati commessi gli altri crimini).

Queste prime emergenze psichiatriche hanno convinto il giudice, su richiesta degli avvocati dell'imputata, a disporre una perizia d'ufficio in sede di incidente probatorio. Perizia che conclude con esiti diametralmente opposti rispetto a quelli della difesa: i disturbi istrionici della personalità ed i disturbi dissociativi, pur presenti nel soggetto, non potevano aver intaccato in alcun modo lo stato di coscienza e del pensiero della detenuta che, quindi, all'epoca dei fatti, era da ritenersi pienamente capace di intendere e di volere.

Nel settembre 2010 i difensori dell'imputata hanno ottenuto l'autorizzazione a completare gli accertamenti psichiatrici già compendiati in atti dai consulenti tecnici di parte, con ulteriori indagini, motivo per cui sono

stati disposti nuovi e più approfonditi colloqui clinici, nuovi test diagnostici, esami neuropsicologici ed a completamento, ulteriori indagini legate alle neuroscienze cognitive ed alla genetica comportamentale.

All'esito di tali accertamenti, gli stessi consulenti della difesa hanno rivisto le conclusioni iniziali di parte, ipotizzando una terza opzione: parziale incapacità di intendere e di volere al momento della commissione dei fatti.

La decisione del Giudice, quindi, è stata supportata oltre che su accertamenti psichiatrici tradizionali anche su analisi neuroscientifiche che hanno rivelato la morfologia del cervello ed il patrimonio genetico dell'imputata.

La prima perizia psichiatrica effettuata aveva già riconosciuto nella donna la presenza di *“un quadro psichiatrico caratterizzato dalla menzogna patologica”* e di una *“sindrome dissociativa”*.

Ma il GUP di Como si è basato prevalentemente sulla consulenza neuroscientifica, che era stata richiesta dalla difesa dell'imputata. Nello specifico, si è proceduto alla ricostruzione del correlato anatomo-funzionale della sfera psichica della paziente attraverso le indagini di *imaging* cerebrale e di genetica molecolare.

Ne è emerso il riscontro di anomalie che si traducono in un significativo aumento del rischio di sviluppare certi tipi di comportamenti. Nello specifico, i periti hanno evidenziato *“delle differenze nella morfologia e nel volume delle strutture cerebrali [...] alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello [...] anche nei processi che regolano la menzogna, oltre che nei processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità e nella regolazione delle azioni aggressive”*³⁵⁷.

Infine, sono stati disposti accertamento genetici per verificare se la perizianda presentasse gli alleli che, secondo la letteratura scientifica internazionale, sono significativamente associati ad un maggior rischio di

³⁵⁷ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 29.

comportamento impulsivo, aggressivo e violento. L'esito positivo di tale analisi (è stata riscontrata l'esistenza nell'imputata di tre alleli sfavorevoli) ha poi portato alla decisione a favore del vizio parziale di mente.

2.2. Il ruolo delle neuroscienze

Il Giudice rileva, *in primis*, come il caso *de quo* evidenzi la problematicità di distinguere con sicurezza e precisione la linea di confine tra sanità ed infermità mentale e, di conseguenza, la difficoltà di pervenire ad una precisa diagnosi delle patologie psichiatriche e, nello specifico, di definire la capacità di intendere e di volere dei portatori di disturbo mentale.

A fronte della progressiva espansione delle aree di discrezionalità e di incertezza del sapere psichiatrico il compito è di sottoporre ad un vaglio rigoroso le emergenze psichiatriche, facendo un uso particolarmente avveduto e controllato delle categorie strettamente penalistiche per poi procedere ad una verifica finale della forza persuasiva delle conclusioni psichiatriche, anche ed in ragione della loro possibile armonizzazione con le emergenze processuali.

Si sottolinea, infatti, come tali conclusioni costituiscono un parere tecnico che non fornisce verità, ma solo conoscenza e comprensione dell'accaduto ed esercita una funzione di supporto alla decisione giudiziaria che è il prodotto di una valutazione complessiva, logica e coordinata delle emergenze psichiatriche e di quelle processuali.

Pertanto *“operare un giudizio in tema di imputabilità e, quindi, ricostruire se esisteva al momento del fatto una infermità mentale in grado di cagionare il comportamento deviante, non significa pervenire ad una certezza scientifica o dogmatica, ma semplicemente pervenire a quella scelta che presenta il più alto grado di*

compatibilità con quello che può essere accaduto e con la realtà fattuale così come rivelata anche dalle emergenze processuali, oltre che da quelle psichiatriche”³⁵⁸.

Il Giudicante ha aderito ad una delle tre risultanze acquisite in atti, in particolar modo alla valutazione dei consulenti della difesa fondata anche su indagini di tipo neuroscientifico. Lo stesso affronta i problemi che nascono dalla valutazione della capacità di intendere e di volere all'interno del processo penale, con particolare attenzione ai requisiti di un accertamento processuale giusto in tema di imputabilità, alla luce delle opportunità che questo si avvalga delle nuove tecniche di *neuroimaging* e degli studi sulla genetica comportamentale.

Il primo dato rilevante, quindi, è la tipologia degli accertamenti disposti dai consulenti della difesa ed accolti poi dal Giudicante: i tradizionali colloqui clinici, la raccolta dell'anamnesi, la testistica neuropsicologica, nonché, a completamento, gli accertamenti tecnici sulla struttura e la funzionalità cerebrale dell'indagata e sul suo patrimonio genetico.

In particolare, il Giudice si sofferma proprio sull'indagine dei consulenti, composta di procedure valutative complesse e, a conforto, anche di procedure maggiormente fondate sull'obiettività e sull'evidenza dei dati perché corroborate dalle risultanze di “*imaging* cerebrale” e di “genetica molecolare”.

Risultanze, queste ultime, in grado di ridurre la variabilità diagnostica e di offrire risposte meno discrezionali rispetto a quelle ottenibili col solo metodo di indagine tradizionale clinico: tutte procedure ed indagini che hanno costituito un utile completamento degli accertamenti psichiatrici disposti anche dal perito d'ufficio sulla base di colloqui clinici tradizionali.

In motivazione si legge: “*convince, sul punto, quanto rilevato in premessa dai consulenti quando affermano che l'approccio psichiatrico convenzionale, basato essenzialmente sulla valutazione delle manifestazioni della malattia mentale, ben può trovare utile completamento nelle neuroscienze che oggi, tra le altre cose, consentono di*

³⁵⁸ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 33.

studiare il cervello, ed in particolare quelle aree del cervello che, secondo le acquisizioni tecnico-scientifiche internazionali condivise, sono poste a presidio di alcune funzioni specifiche”.

Ed ancora: “non si tratta, dunque, di introdurre una rivoluzione “copernicana” in tema di accertamento, valutazione e diagnosi delle patologie mentali, né tantomeno di introdurre criteri deterministici da cui inferire automaticamente che ad una certa alterazione morfologica del cervello conseguono certi comportamenti e non altri, bensì di far tesoro delle condivise acquisizioni in tema di morfologia cerebrale e di assetto genetico, alla ricerca di possibili correlazioni tra le anomalie di certe aree sensibili del cervello ed il rischio, ad esempio di sviluppare, comportamenti aggressivi o di discontrollo dell’impulsività, oppure tra la presenza di determinati alleli di geni ed il rischio di maggiore vulnerabilità allo sviluppo di comportamenti socialmente inaccettabili perché più esposti all’effetto di fattori ambientali stressogeni”³⁵⁹.

Il ragionamento operato dal Giudice è di apertura nei confronti delle neuroscienze, con la consapevolezza, però, che questi nuovi strumenti non potranno, da soli, offrire la valutazione comportamentale e clinica del soggetto malato di mente, bensì potranno garantire nuove metodologie di approfondimento e supporto, rappresentando un utile completamento alla tradizionale diagnosi psichiatrica, aumentando il tasso di oggettività della valutazione psichiatrico-forense ed introducendo una descrizione più completa della sintomatologia e dei suoi correlati neuronali e genetici.

³⁵⁹ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 40-41. Interessante è riportare quanto affermato dal consulente su domande del difensore dell’imputata: “Avv.: e quindi lei dice che ci sono degli studi che fanno co-variare questo tipo di danno o di caratteristica cerebrale con il comportamento aggressivo impulsivo, è così? CT: esattamente. Avv: e quindi lei dice che c’è una correlazione tra questo e questo, non parlate di correlazione diretta? CT: no, in scienza non si può parlare di causazione diretta perché, come ho spiegato prima, sono come dire correlati, infatti parliamo di correlazione, vanno di pari passo, sono fenomeni associati perché la scienza è per sua natura probabilistica, questo lo vorrei precisare. Avv: le faccio una domanda contro fattuale ma che mi viene spontanea, è possibile che ci sia qualcuno che abbia questa condizione e però non sia aggressivo, non compia atti violenti? CT: Certo. Avv: non tenti di uccidere i suoi familiari o cose del genere? CT: certamente avvocato, come dire che è possibile che ci sia qualcuno che ha il colesterolo tre volte la norma, la pressione alta ed al quale non viene un infarto, non viene un ictus, assolutamente? Avv: questo non vuol dire? CT: questo non vuol dire che il colesterolo alto o la pressione elevata non siano fattori di rischio cardiovascolari, tutta la medicina è basata su questo ragionamento probabilistico” pag. 41-42 cit.

È limitante e riduttivo che il giudice si assesti in modo acritico sull'opinione consolidata della comunità scientifica di riferimento escludendo a priori l'ammissibilità di nuovi metodi di indagine soprattutto quando si tratta di metodi che hanno ottenuto un unanime riconoscimento internazionale.

Pacifico che questo non debba comportare una violazione dei principi del processo penale, ma tale pericolo non sussiste considerando gli artt. 187³⁶⁰ e 189³⁶¹ c.p.p. Infatti, la prima norma indica tra gli oggetti della prova anche i fatti relativi all'imputabilità del soggetto e la seconda, garantendo al sistema processuale opportuna flessibilità, consente l'introduzione di prove anche non disciplinate dalla legge quando esse siano rilevanti, non superflue e concretamente idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti.

Atteggiamento positivo, quindi, quello del giudice verso le indagini neuroscientifiche introdotte nel processo; positivo, ma come già evidenziato, anche di cautela in quanto queste nuove tecniche trovano la loro collocazione sempre nel ruolo di completamento delle indagini psichiatriche e neuropsicologiche tradizionali.

Ripercorrendo velocemente le modalità dell'elaborato dei consulenti di parte, esso si è articolato in un primo momento con dei colloqui con la detenuta, poi con una valutazione neuropsicologica (una valutazione clinica effettuata a scopo diagnostico per l'individuazione e l'accertamento della gravità di deficit cognitivi e comportamentali solitamente associati a disfunzioni della struttura cerebrale); è seguita poi la raccolta delle informazioni soggettive (fornite dalla paziente e dai familiari) ed oggettive (ottenute da una osservazione comportamentale sistematica e dalla somministrazione guidata di una batteria specifica di test neuropsicologici, validati e standardizzati in lingua italiana ed

³⁶⁰ Art. 187, comma 1 c.p.p.: *"Oggetto della prova: sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità e alla determinazione della pena o della misura di sicurezza"*.

³⁶¹ Art. 189 c.p.p.: *"Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova"*.

ampiamente utilizzati sia nel *setting* clinico che in quello forense, per accertare lo stato mentale generale e l'efficienza delle singole funzioni superiori: attenzione, memoria, percezione, linguaggio, funzioni esecutive).

Cosa è emerso da questi test?

Gli esiti hanno rilevato che le funzioni intellettive generali dell'imputata erano nella norma e così le funzioni singole mentali, fatta eccezione per la funzione della memoria autobiografica che ha mostrato evidenti deficit, della capacità di controllo dell'azione impulsiva, risultata anch'essa deficitaria, della capacità di valutare l'appropriatezza di comportamenti all'interno di situazioni sociali e di effettuare scelte basate sulla probabilità che siano vantaggiose.

I test di personalità hanno evidenziato trattarsi di una persona con aspetti dipendenti e schizoidi rappresentativi di una marcata introversione ed alienazione sociale e difficoltà relazionale, con aspetti *borderline* di oscillazione nei bisogni e nelle risposte ed una sintomatologia ansioso-depressiva, una tendenza ad esternalizzare le colpe, con una lieve propensione a manipolare gli altri per obiettivi personali, con alti livelli di impulsività e scarsa capacità di controllare gli stimoli ansiogeni.

Il Giudice, ritenendo condivisibili gli esiti delle analisi effettuate dai consulenti confrontandoli con le risultanze processuali agli atti, ha accolto la diagnosi di "*pseudologia fantastica in persona affetta da disturbo dissociativo di identità*"³⁶².

Le conclusioni a cui sono giunti i consulenti della difesa sono il frutto dell'analisi e della valutazione di tutti i sintomi del quadro clinico, ma altresì,

³⁶² Trattasi di patologia composita in cui prende piede sia un quadro psichiatrico caratterizzato dalla menzogna patologica, a spiegazione del fatto che l'imputata mente spesso, anche inutilmente e crede nella verità delle sue fantasie, sia una sindrome dissociativa che spiega come l'imputata a fronte di eventi stressanti agisca in modo automatico secondo modalità disadattive, aggressive –personalità alter-per poi tornare a regime normale-personalità ospite: con la particolarità che l'elemento che fa trasformare la personalità dall'una all'altra, è il rischio che possa essere lesa l'immagine di sé e che l'imputata non conserva il ricordo delle azioni realizzate nel corso di queste fasi dissociative.

della ricostruzione del correlato anatomo-funzionale della sfera psichica della paziente attraverso le indagini di *imaging* cerebrale e di genetica molecolare.

Il Giudice definisce gli esiti degli accertamenti *“significativi perché hanno consentito di acquisire elementi ulteriori a conforto della diagnosi operata sulla base dei colloqui clinici, dell’anamnesi raccolta, della testistica neuropsicologica ed entrambi senza avere alcun valore deterministico, hanno consentito di accertare delle anomalie che si traducono in un significativo aumento del rischio di sviluppare certi tipi di comportamenti”*³⁶³.

Nello specifico, è stato disposto un esame della struttura cerebrale ad alta risoluzione al fine di analizzare la morfologia della corteccia cerebrale del cervello dell’imputata ed, in particolare, è stata analizzata la morfologia dei lobi frontali deputati, tra le altre cose, al controllo del comportamento ed all’inibizione degli impulsi, al giudizio critico, al senso morale, alla discriminazione tra bene e male. È emerso³⁶⁴ che l’imputata presentava delle differenze nella morfologia e nel volume delle strutture cerebrali prese in esame³⁶⁵.

Infine, sono stati disposti accertamenti genetici per verificare se l’imputata presentasse gli alleli che, secondo la letteratura scientifica internazionale, sono significativamente associati ad un maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento. È emerso che l’imputata possiede tre alleli sfavorevoli, ovvero alleli che conferiscono un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo.

³⁶³ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 52.

³⁶⁴ Le misurazioni morfologiche ottenute, visto e considerato che non esistono valori di riferimento assoluti, sono state confrontate con quelle relative ad un gruppo di controllo di persone, sane ed equiparabili per età e sesso, ritenuto statisticamente significativo.

³⁶⁵ In particolare, sono emerse alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello, in particolare nel cingolo anteriore, un’area del cervello che ha la funzione di inibire il comportamento automatico e sostituirlo con un altro comportamento e che è coinvolto anche nei processi che regolano la menzogna, oltre che nei processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità e nella regolazione delle azioni aggressive.

A conclusione di ciò il Giudicante ha ritenuto che *“così ricomposto il quadro di sintesi delle emergenze psichiatriche, non resta che rilevare come solo le conclusioni tecnico scientifiche dei consulenti della difesa a cui si è fatto ampio riferimento, oltre ad apparire il frutto di accertamenti più rigorosi e completi, rivelino piena aderenza alle emergenze processuali si da consentire anch’esse di concludere che l’imputata ha commesso i reati senza conservare la piena capacità di controllo dei suoi atti, ovvero senza conservare la piena capacità di indirizzarli, di percepirne il disvalore e di autodeterminarsi liberamente”*³⁶⁶.

Alla luce di un tanto, resta compito del Giudice valutare la rilevanza giuridica dei dati forniti dalla scienza ai fini della rimproverabilità dei fatti commessi al suo autore, sulla base del complesso delle risultanze processuali e della valutazione logica e coordinata di tutte le emergenze. E così il Tribunale di Como ha fatto, ripercorrendo, alla luce degli esiti delle analisi, tutta la vicenda processuale, i risultati delle indagini e le condotte poste in essere dall’imputata.

La conclusione a cui è pervenuto il GUP, Dott.ssa Lo Gatto, è che l’imputata ha agito in stato di parziale incapacità di intendere e di volere.

La stessa è anche stata riconosciuta pericolosa a causa del rischio di reiterazione di condotte criminose violente, intesa la pericolosità sociale come modo di essere del soggetto da cui dedurre la probabilità che egli commetta nuovi reati e che deve essere desunta, oltre che dalle condizioni psichiatriche del soggetto, anche dalla gravità del reato commesso, dai motivi che hanno indotto a delinquere e dalla personalità del reo stante l’espresso richiamo che l’art. 203 c.p. opera all’art. 133 c.p.

Pacifico che le emergenze di natura medico psichiatrica evidenziano di per sé il rischio di reiterazione dei reati della stessa indole di quelli commessi e le emergenze di natura processuale non fanno che confermare tale giudizio prognostico se solo si valuta la gravità dei fatti commessi, l’intensità del dolo

³⁶⁶ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 54.

arrivato sino alla premeditazione, la reiterazione delle condotte criminose protrattesi per molti mesi.

Cosa emerge, dunque, dall'analisi della motivazione della sentenza? Che ruolo hanno davvero esercitato le neuroscienze nella decisione presa dal Giudice di Como?

Innanzitutto, il Gup nell'*incipit* del suo ragionamento, a proposito dei requisiti di una perizia "giusta", si riferisce alla perizia come ad un "*parere tecnico che non fornisce verità ma solo conoscenza*" e svolge una "*funzione di supporto della decisione*" di cui il giudice penale "*non può fare a meno*"³⁶⁷. Una buona perizia, pertanto, non necessariamente deve coincidere con una perizia "assolutamente giusta", tra l'altro inesistente *in rerum natura*.

Essa, invero, deve solo avvalersi delle tecniche di indagine più precise e sicure, disponibili nel momento in cui viene eseguita, al fine di ridurre il margine di errore insito in qualunque accertamento di carattere scientifico.

Possiamo certamente affermare che la decisione di aderire alla relazione tecnica dei consulenti della difesa (piuttosto che a quella del consulente d'ufficio) non sia derivata esclusivamente dall'utilizzo delle nuove tecniche di *neuroimaging* quanto piuttosto (e questo lo si ricava dalla lettura della scrupolosa motivazione) perché frutto di una valutazione complessiva circa la completezza dell'accertamento, la serietà del metodo applicato e circa la congruenza del risultato raggiunto rispetto alle ulteriori emergenze processuali disponibili.

Il punto di forza della relazione tecnica è di essere riuscita a ricostruire, grazie ai colloqui con l'imputata, allo studio delle precedenti valutazioni cliniche ed alla somministrazione di una serie di test psicologici (quindi senza bandire le tradizionali metodiche delle perizie sulla capacità di intendere e di volere), un quadro esaustivo della situazione e di aver poi integrato questa prima anamnesi ricorrendo sia ad indagini di tipo cognitivo per la valutazione

³⁶⁷ Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. (on line)*, 30 ss.

di alcune funzioni intellettive fondamentali, che alle tecniche di *neuroimaging* ed alle rilevazioni genetiche di alleli sfavorevoli per la dimostrazione di una condizione di “vulnerabilità” a livello biomolecolare.

Appare, quindi, il metodo migliore per il perito (o consulente) quello di chiarire *in primis* il metodo che intende seguire e le ragioni della sua scelta; poi procedere con una diagnosi di tipo descrittivo al fine di ottenere un primo profilo clinico del periziando, mettendo in risalto gli elementi dell’anamnesi ritenuti più significativi.

Questi risultati dovrebbero poi essere verificati ed integrati mediante la “diagnosi di sede” che avvalendosi delle tecniche di *imaging* cerebrale permette di visualizzare l’attivazione di alcune aree del cervello in corrispondenza dell’esecuzione di determinati compiti riconducibili a funzioni mentali già note³⁶⁸. Infine, vi sarebbe una terza tipologia di diagnosi, detta “di natura” mirata alla identificazione, fra le possibili cause del comportamento criminale, di taluni polimorfismi genetici che espongono il soggetto portatore ad un maggiore rischio di reazioni aggressive, in presenza di fattori di stress esterni.

Nel caso di specie, il metodo così seguito dai consulenti e, soprattutto, la sua coerenza complessiva con i risultati raggiunti, ha permesso al giudicante di optare tra i tre ben diversi pareri e poter così coerentemente motivare la sua scelta.

Infatti, quando le conclusioni specialistiche in tema di imputabilità sullo stato mentale dell’imputato sono insanabilmente divergenti non resta al giudice che esplicitare i criteri in base ai quali è stata operata la scelta per una delle opposte tesi scientifiche.

³⁶⁸ Le tecniche di *imaging* cerebrale sono quelle spiegate nel capitolo precedente della Risonanza Magnetica Funzionale (fMRI) e della Tomografia a Emissione di Positroni (PET). Nel caso in esame i consulenti della difesa hanno, infatti, individuato un’alterazione nella corteccia cingolata anteriore dell’imputata a conferma, quanto meno sul piano morfologico-strutturale, dell’ipotesi di disturbo dissociativo di personalità, già formulata sulla base di “*un quadro psichiatrico caratterizzato dalla menzogna patologica*” e dalla tendenza a reagire ad eventi stressanti “*in modo automatico secondo modalità disadattive, aggressive, personalità alter- per poi tornare a regime normale- personalità ospite*” e rimuovere con una totale amnesia i delitti commessi.

Il giudice è così tenuto a sottoporre ad un vaglio rigoroso le emergenze psichiatriche, facendo un uso particolarmente avveduto e controllato delle categorie strettamente penalistiche per poi procedere ad una verifica finale della forza persuasiva delle conclusioni psichiatriche, anche e soprattutto in ragione della loro possibile armonizzazione con le emergenze processuali.

L'approccio psichiatrico convenzionale, basato essenzialmente sulla valutazione delle manifestazioni della malattia mentale ben può trovare utile completamento nelle neuroscienze che oggi consentono di studiare il cervello ed in particolare quelle aree del cervello che, secondo le acquisizioni tecnico-scientifiche internazionali condivise, sono poste a presidio di alcune funzioni specifiche.

Riprendendo l'affermazione del GUP, le neuroscienze non introducono una "*rivoluzione copernicana*" in materia di imputabilità, come spesso viene affermato, bensì, rappresentano fonti di un sapere scientifico, sempre accompagnandosi alla psicopatologia clinica tradizionale, utile nella formulazione di quella che è, alla fin fine, una valutazione giudiziale. Questo tipo di approccio consente di valorizzare il contributo delle neuroscienze senza inceppare in quelle visioni deterministiche secondo cui esse riusciranno prima o poi a dimostrare che alla base del comportamento umano vi sarebbero solamente meccanismi di tipo neurobiologico e che la libertà di autodeterminazione individuale sarebbe solamente una fallace illusione.

Con grande equilibrio e chiarezza la Dott.ssa Lo Gatto accoglie e valuta le nuove tecniche di *neuroimaging* e, soprattutto, motivando la sua decisione, aderisce all'idea che nessuna immagine cerebrale e nessun polimorfismo genetico possano dire alcunché in merito alla capacità dell'uomo di decidere e di comportarsi di conseguenza. La sentenza ha, quindi, fugato i dubbi ed i timori sollevati dalla dottrina: nessun determinismo genetico e nessuna oggettivizzazione e standardizzazione del giudizio.

Come già esposto nel precedente capitolo, infatti, l'identificazione di un'alterazione morfologica in una certa regione del cervello, così come la rilevazione di una combinazione genetica sfavorevole, potrebbero servire a corroborare, in casi come questo, un'ipotesi di parziale capacità di intendere e di volere. Da non dimenticare, invero, che non sarebbe comunque possibile stabilire una corrispondenza biunivoca fra simili tracce ed il vizio di mente penalmente rilevante, dal momento che non sempre è ravvisabile un correlato neuronale e genetico del vizio di mente, né è detto che certe alterazioni strutturali o biomolecolari debbano necessariamente tradursi in una condizione di infermità mentale.

Considerato, in particolare, che il fine ultimo della perizia è quello di fornire una valutazione al giudice in merito all'esistenza di una patologia psichica incidente sull'imputabilità, non si può e non si deve negare l'importanza del contributo che le neuroscienze possono al giorno d'oggi fornire al giudicante.

Doveroso è *“individuare con precisione la portata di questo contributo, evitando che esso degeneri in uno strumento in mano al perito per sottrarsi alla verifica attenta e completa di tutti gli elementi utili a rispondere al quesito o, quel che è peggio, in mano al giudice per astenersi dal formulare un giudizio che tenga effettivamente conto di tutto il materiale probatorio e della reale affidabilità della perizia come prova scientifica nel processo penale”*³⁶⁹.

Riassumendo, la sentenza *de qua* segna un'importante apertura al contributo delle nuove tecniche di indagine offerte dalle neuroscienze alla valutazione della capacità di intendere e di volere dell'imputato in un processo penale, oltre ad utilizzare le neuroscienze nel processo quale declinazione specifica dell'eterno confronto fra la scienza come fonte di prova e gli standard probatori e di giudizio imposti dal nostro ordinamento penale.

³⁶⁹ Messina G., *Il contributo delle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità*, in *Il corriere del merito*, 2012, 1, 73.

Da quando si è registrata la disgregazione del concetto univoco di malattia mentale secondo un paradigma rigidamente organicistico, e si è presa coscienza delle innumerevoli forme che il vizio di mente può assumere quale fattore condizionante della capacità di intendere e di volere, la valutazione dell'esperto in campo psichiatrico è diventata uno strumento imprescindibile nel giudizio dell'imputabilità. Da qui la necessità di farne un uso quanto più possibile avveduto e rigoroso, e di fissarne chiaramente i presupposti ed i limiti.

Inoltre, una simile concezione della perizia psichiatrica consente di escludere che le neuroscienze debbano per forza introdurre "una rivoluzione copernicana" nella complicata materia dell'imputabilità.

Al contrario, seguendo questa visione, esse costituirebbero, unitamente alla psicopatologia clinica tradizionale, fonti di un sapere scientifico utile nella formazione di quella che è una valutazione giudiziale.

Da non sottovalutare che la funzione ausiliaria e di integrazione riconosciuta alle neuroscienze riporta al centro della perizia psichiatrica, quale unico obiettivo plausibile, il raggiungimento di una soglia di *reasonable medical certainty* circa l'esistenza del vizio di mente incidente sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato al momento del fatto.

La sentenza qui in commento, pertanto, rimane coerente con il modello integrato del giudizio sull'imputabilità, sostenuto anche dalle Sezioni Unite nel 2005 in tema di disturbi della personalità³⁷⁰ secondo cui ad un accertamento di carattere empirico-fattuale in merito alla condizione psichica dell'imputato al momento del fatto sarebbe sempre necessario associare una valutazione dell'effettiva connessione fra la condizione anomala in questione e la condotta delittuosa materialmente realizzata.

Perciò, neppure di fronte ad un'immagine in grado di mostrare e localizzare una patologia in una determinata regione del cervello, o in presenza di uno o più *markers* biologici relativi ad una certa malattia mentale, il giudice si

³⁷⁰ Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, Rado, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851.

potrebbe permettere di avallare supinamente il parere dell'esperto, prescindendo dalla valutazione dei fatti alla luce del quadro probatorio complessivo.

Se ciò dovesse accadere si configurerebbe quello che la dottrina ha già indicato come lo scenario del ritorno al paradigma organicistico di infermità mentale, superato ormai da diversi decenni a favore di un approccio non più *strictu sensu* clinico, ma anche di natura psicologica e sociologica, alla formulazione del giudizio sull'imputabilità.

Se, inoltre, la prova della capacità di intendere e di volere di un soggetto o dovesse finire per coincidere con quella offerta dalle immagini cerebrali o dalle mappature genetiche, si innescherebbe una paradossale inversione di tendenza tale che, dopo avere superato la rigida chiusura iniziale nei confronti dell'evoluzione del sapere scientifico in generale, il diritto (e il processo) penale assumerebbe adesso un atteggiamento, non meno criticabile, di totale appiattimento sul dato scientifico oggettivo, a scapito di quello normativo-valutativo.

In contrasto con questa potenziale deriva oggettivistica e scienziata, il Gup di Como nella medesima direzione intrapresa sull'argomento dalla Corte d'Appello di Trieste, mostra di concepire le neuroscienze come *hard sciences*, rivolte alla osservazione ed alla descrizione di un sistema fisico (quale il cervello dell'uomo o il suo corredo genetico) perciò sempre bisognose di un supplemento epistemologico, ossia di un'interpretazione dei loro risultati nell'insieme delle prove e delle conoscenze di altra natura a disposizione del giudice per la ricostruzione dei fatti nel processo.

Il rischio che il giudice, posto dinanzi ad un'immagine in grado di mostrare una patologia presente nel cervello umano, ne rimanga "spiazzato" può essere scongiurato solamente non dimenticando che si tratta comunque di accertamenti probabilistici, i quali, per quanto sofisticati, presentano sempre

marginì di incertezza, perciò accoglierli *de plano*, senza compiere ulteriori riscontri e valutazioni, costituirebbe sempre un grave errore metodologico.

Può essere significativo che proprio dagli Stati Uniti giunga una chiara sollecitazione a considerare le ultimissime frontiere del sapere scientifico in questione non come mezzi per dimostrare l'assenza di fondamento empirico della responsabilità penale, bensì come percorsi di conoscenza finalizzati a ridurre gli errori nella attribuzione di questa stessa responsabilità.

Se è vero, quindi, che ogni fatto umano presenta degli addentellati biologici, non si può però ritenere che essi ne esauriscano la spiegazione, poiché bisognerebbe sempre dimostrare altrimenti l'esistenza di un collegamento fra un *biological fact* ed un *normaltively relevant fact*.

Viene così sfatato l'inganno insito nelle impostazioni cosiddette "neurorealistiche" non solo perché il funzionamento di un sistema complesso come quello dell'intelligenza umana non potrebbe mai essere incanalato nella logica binaria applicata al computer, ma anche perché, se così fosse, bisognerebbe pure spiegare come mai si debba intendere il cervello umano come qualcosa di "altro", al di là e al di fuori dell'individuo, e soprattutto come mai l'individuo dovrebbe uniformarsi autonomamente agli impulsi che provengono da un organo a lui stesso estraneo.

Solo il diritto, per bocca del giudice e per mezzo del processo, può stabilire se e quando le informazioni che la scienza veicola siano rilevanti per i suoi scopi, nonostante il ruolo indispensabile che essa svolge per la comprensione della realtà empirica alla quale l'ordinamento si riferisce³⁷¹.

In conclusione, la sentenza del Tribunale di Como costituisce un precedente di cui fare tesoro per il futuro, come si evince dal fatto che qui sono state prese in considerazione e poste a confronto tutte le valutazioni degli esperti psichiatri disponibili, che è stata giudicata non solo la coerenza del

³⁷¹ Messina G., *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1, 252 ss.

metodo, ma anche la confluenza delle conclusioni rispetto alle ulteriori emergenze processuali e soprattutto dal fatto che è stata motivata sia la scelta dell'una, secondo un'ottica positiva, sia l'esclusiva delle altre, secondo un'ottica negativa.

CONCLUSIONI

Lo scopo del presente elaborato è quello di illustrare il dibattito sorto in seno al concetto di imputabilità affrontato al giorno d'oggi sia in dottrina che nelle aule di tribunale. In particolar modo, si è cercato di comprendere la natura e le prospettive della discussione concernente il delicato rapporto tra la capacità di intendere e di volere e l'avvento delle neuroscienze nel processo penale.

Come noto, definire cosa si intenda per imputabilità e comprenderne a fondo le implicazioni derivanti dalla sua qualificazione ha da sempre interessato la dottrina sin dal passato ed, ancor oggi, la discussione in merito non ha trovato soluzione.

L'analisi della capacità di intendere e di volere è particolarmente complessa poiché da essa dipendono importanti impostazioni tecnico-giuridiche, nonché scelte di politica criminale che influenzano l'intero ordinamento.

A questa iniziale complessità, considerato che l'imputabilità è allo stesso tempo concetto empirico e normativo, si aggiunga anche il fondamentale ruolo esercitato dalla scienza e, nello specifico, dalla scienza psicologica.

La scienza oggi non appare più "illimitata, completa ed infallibile" come, invece, era considerata nel secolo scorso e questo suo appannaggio, di conseguenza, si riverbera sul concetto di imputabilità.

Il giudice, lo si è affermato in più occasioni, oggi non può affidarsi ciecamente alle risultanze scientifiche, ma deve vagliarle attentamente. In particolare, il suo compito appare ancora più complesso nel momento in cui entrano nel processo nuove tipologie di strumenti ed accertamenti che non dispongono di pacifica attendibilità all'interno dello stesso mondo scientifico da cui provengono.

E questo è quanto accaduto con l'avvento delle neuroscienze nel processo penale, in particolare con l'applicazione delle tecniche di neuroimmagine al giudizio di imputabilità.

Queste innovazioni scientifiche permettono di conoscere a fondo le modalità di funzionamento del cervello e spesso portano a conclusioni, alle volte ritenute sconcertanti, che mettono in rilievo correlazioni tra il comportamento dell'imputato ed i suoi neuroni od i suoi geni.

Affermare che l'imputato ha commesso una certa azione criminosa perché influenzato dal suo corredo genetico o, perché dai risultati di alcuni specifici test è emerso che il suo potere di inibizione è deficitario, ha scosso il mondo dei giuristi: l'uomo sarebbe dominato dal suo cervello e non sarebbe più, pertanto, un essere libero di scegliere ed autodeterminarsi.

Questa, la prima reazione del mondo giuridico all'avvento delle innovazioni introdotte dalle neuroscienze. Ma è davvero così?

Lo scrivente, a suo sommo parere, ritiene di dover rispondere di no.

Riprendendo le parole usate dal Tribunale di Como, si è certi di poter affermare che le neuroscienze non siano da considerare "una rivoluzione copernicana". Le novità che esse possono offrire devono essere calibrate e valutate attentamente, senza incorrere nell'errore di giungere a conclusioni affrettate ed impulsive.

Come spesso accade, la novità suscita clamore, ma prima di affondare giudizi severi e sconcertanti, è opportuno approfondire il tema oggetto di studio con attenzione ed oggettività.

Il mondo del diritto è solitamente cauto e spesso scettico nei confronti del nuovo: si sa come la giurisprudenza evolve con prudenza e come la scienza in genere nel processo tenda ad entrare a piccoli passi. Inoltre, ruolo importante è giocato anche dallo scetticismo con cui il mondo del diritto guarda alla psichiatria ed alla psicologia.

In realtà, se si approfondisce l'analisi dei risultati offerti dalle neuroscienze non si può non rilevare come esse rappresentino un'importantissima risorsa da cui il diritto penale potrebbe proficuamente attingere. E, a dimostrazione di quanto affermato, basterà citare la sentenza del Tribunale di Como, esempio pratico di utilizzo delle neuroscienze nel processo. Per comprendere a fondo le potenzialità che esse riservano è, però, opportuno abbandonare preconetti e paure legate alla falsa concezione che le neuroscienze intendano dimostrare esclusivamente che l'uomo non è un essere libero perché dominato e controllato dalla conformazione del suo cervello.

Analogamente, si contesta, però, anche la posizione di coloro che vedono nelle neuroscienze una vera e propria rivoluzione che porterà all'adozione di un nuovo paradigma destinato a dar spazio ad una nuova comunità scientifica che non sarà nemmeno più in grado di comunicare con quella vecchia.

L'atteggiamento più corretto si ritiene essere quello che da un lato oggettivamente valuta e giudica il concreto apporto che le nuove tecniche di *neuroimaging* possono apportare al processo penale e dall'altro, sempre oggettivamente, coglie i limiti e le lacune dei metodi e degli strumenti oggi generalmente utilizzati a fronte della complessità oggi richiesta nella valutazione dell'imputabilità.

In tal senso, non si può negare come una perizia psichiatrica arricchita dalle diagnosi di sede e dalla diagnosi di natura risulterebbe più approfondita e scientificamente più affidabile, rispetto a quella che si sia limitata alla sola diagnosi psicopatologica. Infatti, tracciare a livello cerebrale una determinata patologia che si presenta priva di una storia clinica antecedente alla commissione del reato, significa *in primis* riuscire ad escludere che essa sia il frutto di mera simulazione da parte dell'imputato, scongiurando il rischio che questo accada.

Non solo, in certi casi, la diagnosi di sede, mostrando l'alterazione di una determinata regione del cervello, consentirebbe di distinguere una patologia

vera e propria, e come tale in grado di incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione del fatto di reato, da altre forme di abnormità psichica (nevrosi, stati d'ansia, e così via) molto simili sul piano dei sintomi esterni, ma di per sé non integranti un effettivo stato morboso.

Come anche accaduto nei processi qui esaminati, le neuroscienze forensi e la genetica comportamentale sono state impiegate al fine di rendere più completa una perizia od una consulenza psichiatrica, non, invece, per la determinazione di un nesso di dipendenza tra modificazione cerebrale o genetica e tendenza al crimine o pericolosità sociale (al fine pertanto, di limitare la libertà personale di individui che non sono stati riconosciuti colpevoli di alcuna azione delittuosa).

Pertanto, l'apertura del processo alle neuroscienze ed alla genetica comportamentale concreti e positivi strumenti può offrire al processo penale, sempre, però, qualora avvenga in modo controllato e con fini ben precisi (la valutazione dell'imputabilità). Ciò non deve comportare, ovviamente, una modifica del ruolo del giudice nel processo: egli non sarà un sostituto dello scienziato e nemmeno un mero recettore passivo, bensì un fruitore critico che controlla e verifica l'attendibilità della prova sottoposta al suo vaglio. Il vero ruolo di queste tecniche è quello di affiancarsi agli strumenti tradizionali per offrire al giudice un quadro più dettagliato sulla situazione mentale dell'imputato che comprenda oltre all'esame clinico, anche quello delle eventuali basi biologiche della malattia psichica.

Trattasi, infatti, ed è bene precisarlo, di accertamenti probabilistici, i quali, per quanto sofisticati possano essere, presentano sempre dei margini di incertezza (per cui accoglierli acriticamente rinunciando ad eseguire ulteriori riscontri e valutazioni sarebbe un grave errore metodologico). Non solo, le immagini cerebrali, tanto quanto le mappature genetiche, nulla riferiscono sul nesso eziologico fra il disturbo mentale e la condotta del soggetto che ne risulti

affetto, lasciando sempre al giudice questa verifica decisiva per il giudizio di imputabilità.

Non si deve commettere l'errore, infatti, di confondere la correlazione (fornita dalle neuroscienze) dalla consequenzialità (valutazione giudiziale). Non esiste una netta relazione causale tra l'essere portatore di una variante allelica, ad esempio, ed il mettere in atto un certo comportamento criminoso: non vi è alcun determinismo.

Le neuroscienze possono, quindi, offrire importanti contributi nei diversi settori dell'indagine forense. Contributi che vanno nella direzione di una riduzione del margine di discrezionalità nell'accertamento della funzionalità neuropsichica. L'esame neuropsicologico permette, infatti, di documentare con maggiore attendibilità la sintomatologia psichica e clinica nonché le funzioni residue, fornendo quindi evidenze scientifiche maggiormente solide rispetto a quelle ottenibili con il solo metodo clinico.

Il cardine su cui si basa l'ordinamento penale è il principio del libero arbitrio ovvero la capacità di scegliere, di decidere di agire altrimenti e affinché un individuo possa esercitare il libero arbitrio deve avere la capacità di intendere e di volere. Vi possono essere poi delle cause che escludono in tutto od in parte tale capacità. Per fornire un esempio concreto: come noto, l'essere cresciuto in un contesto familiare e sociale deprivato viene contemplato dal codice come condizione che può limitare la capacità dell'individuo di agire altrimenti e, come tale, può essere preso in considerazione ai fini del calcolo della pena.

Questo deriva dall'osservazione che la probabilità di diventare un criminale è maggiore tra coloro che sono cresciuti in tali tipologie di ambienti rispetto ai soggetti che sono cresciuti in un ambiente positivo e protetto. Ma anche in questo caso non esiste alcun determinismo: non tutti coloro che sono cresciuti in un ambiente malsano diventano necessariamente criminali, né per contro, non tutti coloro che sono cresciuti in un ambiente favorevole diventano

persone per bene. Di per sé la variabile “ambiente malsano” non è una condizione necessaria, né sufficiente per compiere dei reati, ma essa può aumentarne significativamente il rischio.

Analogamente accade nelle osservazioni operate dalle neuroscienze, sia negli studi di esplorazione funzionale del cervello, sia di genetica molecolare: la differenza si incardina nella diversità dell’osservazione. Osservazione che va oltre ciò che si può vedere ad occhio nudo perché esamina i meccanismi molecolari che dalla complessa interazione tra geni ed ambiente portano al fenotipo comportamentale.

Pertanto, alla luce di tutto quanto sopra esposto, al di là delle sicure resistenze che certamente si registreranno, anche il mondo del processo non potrà sottrarsi alle sfide che le neuroscienze hanno lanciato.

Il diritto, infatti, deve essere stabile, non immobile.

Non potrà che essere il progresso tumultuoso nella conoscenza dei meccanismi biologici di base a spingere sempre più verso una medicina personalizzata, volta a tener conto delle differenze presenti anche nel cervello di ciascuno di noi, analogamente anche davanti alla giustizia queste differenze, che tanta parte possono avere nel comportamento degli individui, devono trovare altrettanta considerazione.

La comprensione del funzionamento della biologia della mente e del conseguente influsso sul comportamento dell’uomo, fondato su nuove basi, non potrà limitarsi a conseguenze sul solo piano clinico, ma dovrà contribuire, nei limiti e con le modalità analizzate, anche il modo di valutare il comportamento degli individui di fronte alla legge.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzione

Corte Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, Ferracuti, in *Cass. pen.*, 1990, I, 365

Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, Marchegiani, in *Giust. cost.*, 1988, I, 1504

Corte Cost., 08 giugno 1981, n. 96, in *Giust. pen.*, 1981, I, 226

Corte Cost., 26 febbraio 1970, n. 33, in *Quale giustizia*, 1970, 86

Corte di Cassazione

Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, Cozzini altri, in *Cass. pen.*, 2011, 5, 1679

Cass. pen., sez. I, 04 febbraio 2009, C., in *Cass. pen.*, 2, 628

Cass. pen., sez. IV, 30 settembre 2008, D. e altro, in *CED Cass. pen.*, 2008

Cass. pen., sez. III, 08 febbraio 2008, in *Riv. it. med. Leg.*, 2009, 1, 231

Cass. pen., sez. I, 01 luglio 2008, in *CED Cass. pen.*, 2008

Cass. pen., sez. III, 08 maggio 2007, A., in *Cass. pen.*, 2008, 3, 1055

Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2005, J., in *CED Cass. pen.*, 2005

Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1851

Cass. pen., sez. I, 01 dicembre 1984, C., in *CED Cass. pen.*, 2005

Cass. pen., sez. IV, 09 aprile 2003, De Nardo e altro, in *CED Cass. pen.*, 2003

Cass. pen., sez. IV, 10 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, 6, 1971

Cass. pen., sez. IV, 4 aprile 2000, Bucci, in *Cass. pen.*, 2001, 1483

Cass. pen., sez. I, 07 gennaio 1999, A., in *Cass. pen.*, 2000, 889

Cass. pen., sez. V, 15 ottobre 1998, Rocca, in *Cass. pen.*, 2000, 384

Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1998, Ingaglio, in *Cass. pen.*, 2000, 614

Cass. pen., sez. I, 18 febbraio 1998, Varallo, in *Cass. pen.*, 1999, 1104

Cass. pen., sez. I, 05 dicembre 1997, Giordano, in *Cass. pen.*, 1999, 156

Cass. pen., sez. I, 27 giugno 1997, Rutigliano, in *Cass. pen.*, 1998, 2345

Cass. pen., sez. II, 19 giugno 1997, Milani, in *Cass. pen.*, 1998, 1367

Cass. pen., sez. IV, 18 dicembre 1996, El Sayed, in *Cass. pen.*, 1997, 3013

Cass. pen., sez. I, 09 marzo 1994, Bussi, in *Cass. pen.*, 1995, 928

Cass. pen., sez. III, 07 dicembre 1992, Trinca, in *Cass. pen.*, 1994, 2418

Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1992, Renato, in *Giust. pen.*, 1993, II, 691

Cass. pen., sez. I, 24 giugno 1992, Di Mauro, in *Giust. pen.*, II, 275

Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1992, Milani, in *Cass. pen.*, 1993, 1431

Cass. pen., sez. I, 04 giugno 1991, Catalano e altri, in *Cass. pen.*, 1992, 3040

Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 1991, Gatti, in *Cass. pen.*, 1993, 306

Cass. pen., sez. I, 7 novembre 1990, Rosso, in *Cass. pen.*, 1991, II, 520

Cass. pen., sez. I, 02 luglio 1990, Salemi, in *Giust. pen.*, II, 11

Cass. pen., sez. I, 01 giugno 1990, Petretic, in *Cass. pen.*, 1992, 307

Cass. pen., sez. I, 30 aprile 1990, Picchedda, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1982

Cass. pen., sez. I, 28 settembre 1989, Armicar, in *Cass. pen.*, 1991, I, 425

Cass. pen., sez. I, 21 marzo 1989, Leoncini, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1302

Cass. pen., sez. II, 02 febbraio 1989, Del Bono, in *Cass. pen.*, 1991, I, 62

Cass. pen., sez. I, 24 gennaio 1989, Panfilla, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1224

Cass. pen., sez. I, 18 novembre 1988, Calabria, in *Cass. pen.*, 1991, I, 748

Cass. pen., sez. I, 09 maggio 1988, Ciancabilla, in *Cass. pen.*, 1989, 1752

Cass. pen., sez. I, 11 gennaio 1988, Marcioni, in *Cass. pen.*, 1989, 1468

Cass. pen., sez. V, 06 febbraio 1987, di Maria, in *Cass. pen.*, 1988, 1022

Cass. pen., sez. I, 06 ottobre 1986, Vignali, in *Cass. pen.*, 1988, 1179

Cass. pen., sez. I, 07 luglio 1986, Costa, in *Giust. pen.*, 1987, II, 460

Cass. pen., sez. I, 06 giugno 1986, Errico, in *Cass. pen.*, 1988, 283

Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 1985, in *Giust. pen.*, III, 169

Cass. pen., sez. I, 11 giugno 1985, Bellomo, in *Giur. it.*, 1986, II, 140

Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 1985, Speranza, in *Cass. pen.*, 1986, 1547

Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1984, Monti, in *Giust. pen.*, 1985, II, 618

Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 1984, De Benedettis, in *Cass. pen.*, 1986, 1603

Cass. pen., sez. V, 02 febbraio 1984, De Chirico, in *Giur. pen.*, 1985, II, 32

Cass. pen., sez. I, 10 gennaio 1984, Martullo, in *Cass. pen.*, 1985, 881

Cass. pen., sez. II, 9 maggio 1983, Dottori, in *Giust. pen.*, 1984, II, 479

Cass. pen., sez. I, 20 maggio 1982, Germogli, in *Cass. pen.*, 2010, 325

Cass. pen., sez. I, 25 giugno 1982, Iannaccone, in *Cass. pen.*, 1984, 69

Cass. pen., sez. III, 16 marzo 1982, Petragnano, in *Giust. pen.*, 1983, II, 42

Cass. pen., sez. I, 23 febbraio 1982, De Mani, in *Cass. pen.*, 1983, 11, 26

Cass. pen., sez. I, 15 febbraio 1982, Calogero, in *Giust. pen.*, 1983, II, 158

Cass. pen., sez. un., 14 giugno 1980, Felloni, in *Cass. pen.*, 1981, 172

Cass. pen., sez. I, 09 aprile 1990, Longobardi, in *Cass. pen.*, 1981, 1223

Giurisprudenza di merito

Trib. Como, 20 maggio 2011, in *Guida al dir. on line*, 2011

Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009, in *Riv. pen.*, 2010, 1, 70

BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino, 1889

A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Volume Primo, Diritto penale, Milano, 2000

A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Volume Secondo, Procedura penale, Milano, 2000

A.A.V.V., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Volume Terzo, Criminologia, Milano, 2000

Alimena B., *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896

Amato G., *Dall'indifferenza dello stato emotivo all'indifferenza come stato emotivo del colpevole: nuovi sentieri nel diritto penale dell'atteggiamento interiore*, in *Cass. pen.*, 2012

Amato G., *Gli ubriachi e la Corte Costituzionale*, in *Quale giustizia*, 1970

Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII° ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 1994

Antonini G., *I principi fondamentali della antropologia criminale: guida per i giudizi medico-forensi nelle questioni di imputabilità*, Milano, 1906

Bandini T., Rocca G., *La psichiatria forense e il "vizio di mente": criticità attuali e prospettive metodologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010

Barbos p. M., Marini G., *La capacità di intendere e volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964

Bertolino M., *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2013

Bertolino M., *Il “breve” cammino del vizio di mente. Un ritorno al panorama organicistico?*, in *Criminalia*, 2008

Bertolino M., *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005

Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. Pen.*, 2006

Bertolino M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2006

Bertolino M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2001

Bertolino M., *Il nuovo volto dell’imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzional-garantista*, in *Ind. Pen.*, 1998

Bertolino M., *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990

Bertolino M., *Profili vecchi e nuovi dell’imputabilità penale e della sua crisi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988

Bertolino M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981

Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., *Manuale di neuroscienze forensi*, Padova, 2009

Blaiotta R., *Con una sentenza le Sezioni unite abbandonano l’irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003

Bricola F., *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell’art. 92 co. 1 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961

- Bricola F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1960
- Bruno P., voce *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962
- Brusco C., *Scienza e processo penale: brevi appunti sulla valutazione della prova scientifica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012
- Brusco C., *La valutazione della prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier: la prova scientifica nel processo penale, 2008
- Canepa G., *Problemi dell'attività diagnostica nel sistema italiano di giustizia penale e perizia criminologica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979
- Canzio G., *La causalità "scientifica"*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier: la prova scientifica nel processo penale, 2008
- Capra G., *Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e volere*, in www.psciologiagiuridica.it, 2009
- Caprioli F., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008
- Caraccioli I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005.
- Caraccioli I., *Il momento di rilevanza dell'imputabilità negli ordinamenti italiano e tedesco con riguardo ai reati istantanei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971
- Carrieri F, Catanesi R., *La perizia psichiatrica sull'autore del reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001
- Caruana F., *Due problemi sull'utilizzo delle neuroscienze in giurisprudenza*, in *Sistemi Intelligenti*, 2010
- Casasole F., *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2012

- Catanesi R., Martino V., *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006
- Catanesi R., Carrieri R., *La perizia psichiatrica sull'autore del reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001
- Centonze F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2005
- Ceretti A., Merzagora I. (a cura di), *Questioni sulla imputabilità*, Padova, 1994
- Cerquetti G., *L'imputabilità nella sistematica del diritto penale*, Perugia, 1979
- Ciappi S., Traverso G.B., *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997
- Codognotto S., Sartori G., *Neuroscienze in Tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2010
- Collica M. T., *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2012
- Collica M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008
- Collica M.T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002
- Collica M.T., *Il riconoscimento del ruolo nelle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2011
- Collica M. T., *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007
- Conti C., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011

- Conti C., *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier: la prova scientifica nel processo penale, 2008
- Contieri E., *Premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Foro pen.*, 1957
- Conso G., Grevi V., Bargis M., *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012
- Crespi A., voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970.
- Cucci M., Gennari G., Gentilomo A., *L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Rimini, 2012
- Crespi A., Forti G., Zuccalà G., *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2009
- Damasio A., *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995.
- Dawan D., *La consulenza psicologica nel processo penale: una proposta*, in *Dir. pen. proc.*, 2000
- De Caro M., Lavazza A., Sartori G., *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il libero arbitrio*, Torino, 2010
- De Cataldo Neuburger L., *Aspetti psicologici nella formazione della prova: dall'ordalia alle neuroscienze*, in *Dir. pen. proc.*, 2010
- De Cataldo Neuburger L., *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007
- De Leonardis O. (a cura di), *Curare e punire: problemi ed innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988
- De Marsico A., *Premeditazione e vizio totale di mente*, in *Arch. Pen.*, 1958, I
- De Matteis L., La Greca G., Silvestri P., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina. Volume IV. Il reo e la persona offesa del reato*, Milano, 2010
- Di Giovine O., *Chi ha paura delle neuroscienze?*, in www.archiviopenale.it, 2011

Di Giovine O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009

Dolcini E., Marinucci G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012

Dominioni O., *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, *Dossier: la prova scientifica nel processo penale*, 2008

Dominioni O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico – tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005

Epidendio E.T., *Disturbi della personalità e vizio di mente*, in *Il Corr. del mer.*, 2006

Ermentini A., Gulotta G., *Psicologia psicopatologia e delitto*, Scritti, Giuffrè, Milano, 1971

Fallone A., *Responsabilità penale e libero arbitrio*, in *Giur. mer.*, 2008

Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, 2010, Bologna

Fiandaca G., *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006

Fiandaca G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. e proc. pen.*, 2002

Fiandaca G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987

Fidelbo G., *Le sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005

Filastò P., *Imputabilità e colpevolezza*, Firenze, 1974

Fioravanti L., *Il concetto di infermità psichica. L'evoluzione della giurisprudenza dal codice Rocco agli anni '50*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987

- Fiore S., *Prospettive dommatiche e fondamento politico-criminale della responsabilità ex art. 92, comma 1°, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994
- Fornari U., *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001
- Forza A., *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *Dir. pen. proc.*, 2012
- Forza A., *Le neuroscienze entrano nel processo penale*, in *Riv. pen.*, 2010
- Forza A., *Neuroscienze e diritto*, in *Riv. pen.*, 2009
- Gallo M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957
- Galuppi G., *L'imputabilità*, in *Dir. fam.*, 2003
- Galuppi G., *Libero arbitrio, imputabilità, pericolosità sociale e trattamento penitenziario*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007
- Garofoli R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011
- Gatti T., *L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei sec. 12-16*, Padova, 1933
- Giunta F., *Principi e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002
- Giusti G. V., *Le "incomprensioni" fra scienza giuridica e scienza medico-legale* in *Riv. it. med. leg.*, 1980
- Giusti G., Sica D., *Gli stupefacenti e le tossicomanie*, Padova, 1979
- Grasso L., *Imputabilità e pericolosità sociale del minorenne: problemi crescenti e quesiti irrisolti*, in *Dir. famiglia*, 2007
- Grosso C.F., Padovani T., Pagliaro A., *Trattato di diritto penale diretto*, Milano, 2007

- Grilli L., *La procedura penale. Guida pratica*, vol. I, Padova, 2009
- Grilli L., *La procedura penale. Guida pratica*, vol. II, Padova, 2009
- Gulotta G., *Psicoanalisi e responsabilità penale*, Milano, 2005
- Gulotta G. (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987
- Intrieri C., *Neuroscienze e diritto: una nuova teoria giuridica sulla mente*, in *Sistemi intelligenti*, 2010
- Introna F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999
- Kuhn T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Milano, 1999
- Lavazza A., Sammiceli L., *Il delitto del cervello*, Torino, 2012
- Lavazza A., Sartori G., *Neuroetica*, Bologna, 2011
- Leone M., *Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa*, in *Ind. pen.*, 1972.
- Lombroso C., *Delitto genio follia. Scritti scelti*, Torino, 1995
- Lonati S., *Sulla disciplina normativa degli "eterni giudicabili" è il legislatore che può (e deve) intervenire*, in *Giust. cost.*, 2012
- Lorusso S., *Il contributo degli esperti alla formazione del convincimento giudiziale*, in *Archivio penale*, 2011
- Lusa V., Pascasi S., *Il Tribunale "accoglie" il fattore genetico nel processo penale*, 2011, in www.altalex.it, 2011
- Magrin E. M., Bruno C., *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale malati o malvagi? Valutare la libertà umana in azione*, in *Cass. pen.*, 2004

Maiano R., Moriconi I., *Appunti per una metodologia scientifica in ambito psichiatrico-forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012

Manna A., *I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2009

Manna A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006

Manna A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002

Manna A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione: dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, Torino, 1997

Manna A., (a cura di), *Imputabilità e misure di sicurezza: verso un Codice penale modello per l'Europa*, Padova, 2002

Manna A., *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza. Verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994

Mantovani F., *Il tipo criminologico d'autore nella dottrina contemporanea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012

Mantovani F., *Principi di diritto penale*, Padova, 2007

Mantovani F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005

Mantovani F., *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003

Mantovani F., *Criminalità sommergente e cecità politica – criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999

Mantovani L. P., *Pensieri sulla politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998

Mantovani F., *Principio di realtà e scienze criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981

- Manzini V., voce *Codice penale*, in *Dig. it.*, vol. VII, parte II, Torino, 1929
- Marchetti P., *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2012
- Marini G., voce *Imputabilità*, in *Dig. pen.*, vol. VI, Padova, 1992
- Marini G., *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, Torino, 1988
- Massa T., *Le Sezioni unite davanti a “nuvole ed orologi”: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002
- Merzagora B. I., *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, in *Psicologia e Giustizia*, 2012
- Merzagora B. I., *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011
- Merzagora B. I., *De servo arbitrio – ovvero: le neuroscienze ci libereranno dal pesante fardello della libertà?*, in *Rass. it. crim.*, 2011.
- Messina G., *Il contributo nelle neuroscienze nel giudizio sull'imputabilità*, in *Corriere del merito*, 2012
- Messina G., *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012
- Messina G., *Le neuroscienze nel processo: profili problematici e orizzonti prospettici di un nuovo confronto fra scienza e diritto*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2010
- Militello V., *L'errore del non imputabile fra esegesi, dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996
- Moccia S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

- Montalbano G., *Il fondamento dell'imputabilità*, Torino, 1933
- Nisco A., *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012
- Padovani T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987
- Padovani T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973
- Pagliaro A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII° ed., Milano, 2003
- Pasculli M. A., *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali. Volume I*, in *Medicina legale, criminalistica e scienze sociali*, Collana internazionale diretta da Francesco Vinci, Roma, 2012
- Pavan G., *Sui rapporti fra disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003
- Pecoraro C., *Sull'insussistenza di una presunzione relativa di imputabilità del maggiorenne*, in *Cass. pen.*, 2008
- Petrocelli B., *La colpevolezza*, Padova, 1955
- Picozza E., Capraro L., Cuzzocrea V., Terracina D., *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011
- Picozzi M., Intini A., *Scienze forensi. Teoria e prassi dell'investigazione scientifica*, Milano, 2009
- Pietrini P., Sartori G., *Come evolve il ruolo della perizia psichiatrica alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze*, in *Guida al dir.*, 2011
- Portigliatti Barbos M., Marini G., *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, 1964

- Pulitanò D., *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010
- Pulitanò D., *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal Codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2010
- Pulitanò D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. e proc. pen.*, 2006
- Pulitanò D., *La disciplina dell'imputabilità fra diritto e scienza*, in *Leg. Pen.*, 2006
- Pulitanò D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005
- Rappeport J., *Nella mente del criminale*, Roma, 1999
- Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 2005
- Romano F., *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Giur. mer.*, 1995
- Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012
- Rotondo F., *Riflessioni su responsabilità personale e imputabilità nel sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997
- Sammicheli L., Sartori G., *Neuroscienze ed imputabilità*, in *Atti Seminario Nazionale ISISC "La prova scientifica nel processo penale"*, Siracusa 12-13 maggio 2006, Padova, 2007
- Sammicheli L., Sartori G., *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010
- Santosuosso A., *Neuroscienze e diritto: un quadro delle opportunità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012
- Santosuosso A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011
- Santuossuolo A., *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009

Schauer F., *Neuroscience, lie-detection, and the law*, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2009.

Smigliani E., *Imputabilità ed anomalie della personalità e del carattere*, in *Giust. pen.*, 1986

Stella F., *Le "incomprensioni" fra scienza giuridica e scienza medico legale: un pericolo da scongiurare*, in *Riv. it. med. leg.*, 1979

Stracciari A., Bianchi A., Sartori G., *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2011

Striani P., *Legislazione e alcoolismo*, in *Giust. pen.*, 1981

Szasz T. S., *Il mito della malattia mentale*, Milano, 1966.

Tagliarini F., *Colpevolezza pericolosità trattamento*, Parma, 1993

Terracina D., *Neuroscienze: lo studio della morfologia del cervello determinante nello stabilire il vizio parziale di mente*, in *Guida al dir.*, 2012

The Royal Society, *Brain Waves Modules 4: Neuroscience and the Law*, 2011 December, London, in www.royalsociety.org

Tonini P., *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011

Tonini P., *La Cassazione accoglie i criteri di Duabert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011

Tonini P., *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in *Dir. pen. proc.*, 2010

Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009

Tonini P., *La prova scientifica: considerazioni introduttive*, in *Dir. pen. proc., Dossier: la prova scientifica nel processo penale*, 2008

- Tonini P., *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003
- Traverso G.B., Ciappi S., *Disegno di legge di riforma del codice penale: note critiche a margine della nuova disciplina sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997
- Valentini E. G., *L'imputabilità minorile e gli apporti delle neuroscienze*, in www.psicologiagiuridica.it
- Ventura N., *Neuroscienze e giustizia penale. Profili processuali. Volume II*, in *Medicina legale, criminalistica e scienze sociali. Collana internazionale diretta da Francesco Vinci*, Roma, 2012
- Vignera R., *Neodarwinismo e scienze sociali*, Milano, 2010
- Villa T., *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto del codice penale presentato alla Camera dei Deputati, seguita dalle proposte, voti e osservazioni della commissione e di varii deputati*, Torino, 1888
- Williams F.P., McShane D.M., *Devianza e criminalità*, Bologna, 1999
- Zagrebelsky V., Paciero V., *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 1999
- Zanardelli G., *Relazione ministeriale sul Libro primo del progetto di codice penale presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro di grazia e giustizia e dei culti nel 22 novembre 1887*, Torino, 1888