

Le neuroscienze in rapporto alla libertà morale: aspetti di diritto costituzionale*

di Andrea Bonomi **
(26 gennaio 2018)

SOMMARIO: 1. Le neuroscienze e la libertà morale. – 2. La delimitazione del “concetto” di libertà morale. – 3. Libertà morale e Costituzione. – 4. Libertà morale, art. 13 Cost. e art. 188 cod. proc. pen.: rapporti reciproci. – 5. Alcune osservazioni sui principi del *nemo tenetur se detegere* e della dignità della persona umana: implicazioni con la libertà morale. – 6. Una proposta conclusiva. –

1. Le neuroscienze e la libertà morale

È noto come Socrate aiutasse colui che aveva di fronte a “partorire la verità” cosicché Platone nel Teeteto, nel descrivere questa fase dell’operare del suo maestro, la definisce maieutica, paragonando il metodo di Socrate al mestiere della madre che, in quanto ostetrica, possedeva l’arte di far nascere i bambini.

La maieutica è l’arte «ostetricia applicata alle facoltà mentali, che aiuta sapientemente i parti dell’intelletto e dà alla luce le creature del pensiero. In realtà Socrate... interrogando avvia gradatamente l’interlocutore verso la meta della verità»¹.

La verità ricercata da Socrate è quella di smascherare i presunti saggi per portarli a prendere consapevolezza dell’inconsistenza delle proprie certezze e così, attraverso la dialettica, egli mostra che i falsi esperti sono degli impostori.

Una domanda rilevante che potrebbe porsi il giurista oggi è la seguente: il metodo sotteso alla maieutica era potenzialmente lesivo della capacità di autodeterminarsi del soggetto e dunque della sua libertà morale?

Si potrebbe in prima analisi inferire che oramai sia sterile rispondere a questa domanda perché attualmente il posto della maieutica sembra occupato dalla scienza e dalla tecnologia.

Tuttavia, la risposta al quesito in questione trova comunque giustificazione nel fatto che in modo specifico le neuroscienze potrebbero essere qualificate come il contemporaneo metodo socratico maieutico in quanto dall’individuo intendono “tirare fuori” la verità.

Le neuroscienze, intese come quelle tecniche volte all’esplorazione metabolico-funzionale del cervello e all’approfondimento delle mutue implicazioni dello stesso cervello con la mente e con il corpo, possono essere infatti viste quali strumenti finalizzati al raggiungimento della verità nei vari ambiti della vita associata in cui vengano ritenute necessarie e dunque pongono problemi sotto vari profili, fra cui un rilievo decisivo assume quello dell’incidenza sulla libertà morale.

Alla luce di quanto detto non sembra condivisibile sostenere che, con uno specifico riferimento al rapporto fra il diritto e le neuroscienze, queste ultime «non cambiano niente

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Così G. DE RUGGIERO, *La filosofia greca*, volume primo, *Dalle origini a Platone*, Bari, 1971, 206-07; sul punto cfr. anche, fra i tanti altri, N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, I, Torino, 1982, 68-69.

e cambiano tutto»²: forse è più esatto ritenere che in relazione al diritto le neuroscienze «cambiano qualcosa»³.

Questo perché in virtù del forte sviluppo delle neuroscienze si è assistito soprattutto negli ultimi anni ad una «rivoluzione cognitiva»⁴ o, come anche è stato detto, ad una «vera rivoluzione nello studio delle funzioni cerebrali»⁵: il cervello dell'uomo «non è più una scatola nera (*“black box”*)»⁶.

Quel che tuttavia pare certo è che, fra le tante concrete applicazioni che le tecniche neuroscientifiche possono avere nel mondo contemporaneo⁷, un profilo che sempre di più sta divenendo particolarmente interessante non solo in altri ordinamenti⁸ ma anche in quello italiano, quando si discorre di accertamenti neuroscientifici, è quello volto ad approfondire il tema delle implicazioni di ordine costituzionale riconnesse agli stessi così come applicati al processo penale.

Questo, del resto, secondo la convinzione maggiormente diffusa⁹, rappresenta la più immediata area di applicazione degli strumenti neuroscientifici: si pensi, per esempio, alle ripercussioni che questi strumenti sono in grado di produrre relativamente alla determinazione della capacità di intendere e di volere dell'imputato, o alla possibilità di appurare la veridicità delle dichiarazioni rese nell'ambito del processo e quindi la credibilità dei dichiaranti.

D'altronde, è una sorta di *communis opinio* quella secondo cui gli strumenti neuroscientifici sono in grado di porre al riparo la decisione resa al termine di un processo penale dall'arbitrio o anche più semplicemente dalla discrezionalità del giudice, facendo in modo che questi, anziché ricorrere, come sovente fa, al senso comune contenuto nelle cosiddette massime di esperienza, possa basare la sua pronuncia su di un tipo di conoscenza fornita di elevati *standards* di scientificità.

È oltremodo stimolante l'indagine relativa alla compatibilità con alcuni principi costituzionalmente sanciti di tutte quelle «metodologie», proprie delle neuroscienze, che si pongono come scopo quello di generare, elaborare, sintetizzare e riprodurre dati neuroscientifici rilevanti ai fini della valutazione giudiziaria.

Si pensi, fra le varie tecniche di *lie* e *memory detection* elaborate dalle neuroscienze, alla risonanza magnetica funzionale (fMRI), ritenuta negli USA la macchina della verità del terzo millennio perché consentirebbe (il condizionale è comunque sempre d'obbligo in questa come nelle altre tecniche che si stanno rammentando) di decifrare la falsità

2 L'espressione dottrinale è riportata da L. SAMMICHELI, *Neuroscienze e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 3305 e *ivi* nota 1 per il riferimento agli Autori, appunto, della citata espressione.

3 Così L. SAMMICHELI, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 3306.

4 Così quello che è forse il massimo esponente fra gli studiosi delle implicazioni fra neuroscienze e diritto e cioè O.R. GOODENOUGH, *Neuroscientific Development as a legal challenge*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, 46.

5 P. PIETRINI, *Responsabilmente: dai processi cerebrali al processo penale. Prospettive e limiti dell'approccio neuro scientifico*, in L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 319.

6 L'espressione è di L. CAPRARO, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, in E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, 243.

7 Su queste applicazioni cfr. A. SANTOSUOSSO, B. BOTTALICO, *Neuroscienze e diritto: una prima mappa*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, cit., 28-32.

8 Si pensi agli Stati Uniti d'America dove il connubio fra neuroscienze e processo penale sta diventando «un florido investimento» (così A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, Milano, 2012, 86) che alimenta il sogno di individuare i colpevoli eliminando ogni errore giudiziario: sul punto cfr. L. CAPRARO, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, cit., 248 nota 18.

9 Cfr., per tutti, O.R. GOODENOUGH, *Neuroscientific Development as a legal challenge*, cit., 53.

attraverso l'analisi delle aree cerebrali attivate dalle menzogne, permettendo con una approssimazione superiore al 90% di affermare quando un soggetto dice il falso.

Oppure si consideri il *Brain Fingerprinting*, che sarebbe in grado di sondare la memoria umana alla ricerca delle cosiddette "impronte cerebrali", evocatrici dei ricordi di eventi, benché si ritenga che lo stesso necessita, per produrre risultati attendibili, di due precondizioni: l'una secondo la quale devono essere noti gli elementi del delitto ai soggetti che somministrano il test; l'altra in virtù della quale gli stessi elementi devono essere noti ai soggetti di cui si ritiene la colpevolezza e non ad altri.

Oppure si pensi ancora all'*Implicit Association Test* (IAT), che è praticato per sondare l'attendibilità delle dichiarazioni e che si fonda sui diversi tempi di reazione del soggetto nei termini e con le modalità su cui ci si soffermerà, sia pure brevemente, nel prosieguo.

Ebbene, dal punto di vista del rapporto fra la Costituzione e i metodi neuroscientifici molti potrebbero essere i filoni di ricerca.

Si potrebbe cercare di far luce, per esempio, sui limiti nei quali è possibile sottoporre, contro il suo consenso, ad una neuroapparecchiatura un dato soggetto – imputato o testimone che sia – e dunque momentaneamente immobilizzarlo senza con ciò stesso violare la sua libertà personale.

Oppure, poiché gli accertamenti probatori condotti con metodo neuroscientifico comportano l'utilizzo di macchinari e di sostanze biomedicali, sarebbe non privo di interesse tentare di valutare quali potrebbero essere gli effetti sul fondamentale diritto alla salute e all'integrità fisica dell'individuo sottoposto a perizia neuroscientifica; sempre sotto questo punto di vista sarebbe opportuno valutare quale potrebbe essere il temperamento fra l'art. 32 Cost., con particolare riferimento al suo secondo comma, e l'interesse, ritenuto di indiscutibile rilievo costituzionale¹⁰, all'esercizio della giustizia penale e all'accertamento della verità processuale ai fini della repressione dei reati.

In questa sede, tuttavia, si intende approfondire il tema del rapporto fra gli accertamenti neuroscientifici posti in essere nel corso del processo penale e la libertà morale del soggetto.

2. La delimitazione del "concetto" di libertà morale

Si tratta di un tema non facile se soltanto si pensa che, mentre «la libertà personale è... una libertà esterna, la cui limitazione è facilmente riconoscibile ad occhio nudo», chi «potrebbe invece dirci – se non in casi-limite – quando sia stata effettivamente limitata o tolta la libertà morale?»¹¹.

Procedendo con ordine comunque, quest'ultima può essere intesa come la libertà di «formare senza costrizioni la propria volontà e di muovere il proprio comportamento esteriore in conformità alle spinte psichiche interne, senza intromissioni e senza la sottoposizione coatta ad introspezioni che ne svelino il concreto funzionamento»¹².

Ma la libertà morale può anche venire intesa più ampiamente come comprensiva pure della libertà di coscienza, della libertà di pensiero, della libertà della vita affettiva e dell'integrità psichica, cioè dell'inviolabilità della sfera psichica della persona umana.

¹⁰ Cfr., ad esempio, la decisione della Corte costituzionale n. 40 del 2012.

¹¹ Entrambe le ultime citazioni sono tratte da G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale (Contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, Vol. II, Torino, 1960, 1629-1701, ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, Volume III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 325-26.

¹² Così L. SCOMPARIN, *La tutela del testimone nel processo penale*, Padova, 2000, 2, ma ancor prima cfr. G.M. FLICK, *Libertà. X) Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 545, secondo cui la libertà morale può esser anche intesa «nel significato tipicamente penalistico della possibilità di autodeterminarsi spontaneamente, secondo motivi propri».

È stato a quest'ultimo proposito osservato che alla libertà del volere, da intendersi come «possibilità di scelta tra i vari motivi che suggeriscono all'individuo una condotta»¹³, innanzitutto si affiancherebbe la libertà di coscienza intesa come «spoglia di quella esclusività di riferimento al campo religioso alla quale spesso la sua enunciazione si accompagna»¹⁴, perché, affinché «un uomo possa dirsi moralmente libero, occorre che sia libero nella sua coscienza non meno che nella sua volontà»¹⁵.

In secondo luogo verrebbe in considerazione la libertà di pensiero perché, se la libertà morale è la libertà «della sfera psichica dell'uomo (coscienza, intelletto, volontà) da frodi o da ingiuste imposizioni esterne»¹⁶, allora il diritto alla libertà di pensiero, «ben distinto dal diritto alla sua esterna manifestazione, è il diritto ad orientarsi con ogni possibile autonomia nella ricerca del vero e a non essere costretto ad abbracciare una «verità» imposta»¹⁷: infatti, «attraverso la lesione della libertà di pensiero, realizzata... con ingiuste minacce di male a causa di quelle opinioni, si consegue proprio una progressiva alterazione della coscienza o una lesione della volontà, che per timore di quel male può essere progressivamente portata a dismettere ogni interesse, a seconda dei casi, per la religione, per la speculazione filosofica, per l'indagine scientifica o per l'attività politica, tutte grandi vie per le quali si attua il progresso dell'umanità»¹⁸.

Inoltre verrebbe in gioco la libertà della vita affettiva nella libertà morale perché, se per vita affettiva o dei sentimenti s'intende «la sola vita psichica, in quella sfera dei sentimenti o degli affetti che la compone insieme alla vita intellettiva e a quella volitiva»¹⁹, anche «la tutela della famiglia, come è di molte altre provvidenze dello Stato, ridonda a favore della libertà morale e ne costituisce un indiretto presidio»²⁰.

Infine, dovrebbe essere presa come riferimento anche l'integrità psichica dal momento che «il trattamento parallelo che tanto il diritto civile quanto il diritto penale fanno della capacità d'intendere e di volere con la coscienza e la volontà come presupposti o requisiti sia del negozio giuridico che del reato indurrebbero a trasferire senza esitazione sotto la grande categoria della libertà morale anche il diritto d'ogni uomo a non veder compromessa la propria integrità psichica»²¹ o, meglio, l'inviolabilità della persona psichica: si dovrebbe, infatti, riconoscere «l'esistenza di una siffatta personalità anche nei soggetti incapaci o solo parzialmente capaci di intendere o di volere, i quali, pur non essendo integre le loro facoltà mentali, proprio a cagion di questo possono avere maggior necessità di tutela»²².

13 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 290.

14 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 291.

15 G. VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

16 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 295.

17 G. VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

18 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 301.

19 G. VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

20 G. VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

21 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 303.

22 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 305.

È chiaro che, qualora si volesse adottare una siffatta “concezione” più estensiva della libertà morale, quest’ultima assumerebbe un peso ancor più importante nel diritto e in particolare in quello costituzionale.

3. Libertà morale e Costituzione

Tanto premesso, innanzitutto deve essere assodato se la libertà morale, sia essa intesa più restrittivamente o, invece, più estensivamente, risulti costituzionalmente tutelata nel nostro ordinamento e, in caso affermativo, in secondo luogo se e come gli accertamenti neuroscientifici possano incidere sulla medesima libertà.

Con riferimento alla prima questione posta, si tratta di un tema ancora non del tutto esplorato.

La Corte costituzionale si è, sì, espressa con riferimento alla compatibilità con la Costituzione e segnatamente con l’art. 13 di accertamenti che, per poter essere espletati, implicano l’applicazione di una qualche forma di coercizione fisica posta in essere dall’autorità dal momento che il soggetto interessato rifiuta di sottoporsi alle indagini.

Si pensi alla famosa decisione n. 238 del 1996 in tema di prelievo ematico coattivo la quale afferma che il prelievo comporta una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l’esecuzione coattiva: infatti la persona sottoposta all’esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo; inoltre la stessa sentenza sostiene che “tale restrizione è tanto più allarmante – e quindi bisognevole di attenta valutazione da parte del legislatore nella determinazione dei casi e modi in cui può essere disposta dal giudice – in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica, perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona... e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è, sì, pressoché insignificante, ma non certo nulla”.

Sebbene secondo alcuni autori la posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 238 nel merito sia criticabile²³, essa però risulta chiara con riferimento alla libertà personale intesa come sfera corporale della persona: la declaratoria di incostituzionalità parziale dell’art. 224, comma secondo cod. proc. pen. – nella parte in cui consente al giudice, nell’ambito delle operazioni peritali, di disporre comunque misure incidenti sulla libertà personale senza previa precisa e tassativa determinazione legislativa della tipologia delle misure esperibili e senza apposita individuazione dei casi e dei modi per la loro adozione – impediva di ricorrere a qualsivoglia accertamento comportante una restrizione della sfera fisica del soggetto.

Invece in relazione alla libertà morale e più in particolare alla *quaestio* se ad essa la garanzia dell’art. 13 Cost. sia suscettibile di essere estesa la posizione della Corte si fa «piuttosto altalenante»²⁴.

In una lontana decisione del 1962, la n. 30, la Consulta ha precisato che la garanzia prevista dalla succitata disposizione costituzionale “non deve essere intesa soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, ma anche alla menomazione della libertà morale «quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona

23 Cfr. M. RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*, in *Giur. cost.*, 1996, 2159, secondo il quale, «se... la libertà personale è legittimamente limitabile dai mezzi coercitivi o istruttori disposti dal giudice nei *modi* previsti dalla legge, essa al contrario non è legittimamente limitabile se tali mezzi – e quindi la disciplina dei *modi* – risultano lesivi del «contenuto irriducibile e illimitabile – che è poi il valore – della stessa libertà personale quale si desume dai principi fondamentali risultanti dal contrasto della Costituzione e ovviamente concernenti una siffatta libertà o, in breve, i valori della persona». Entro tali limiti, un bilanciamento di valori si sarebbe forse potuto ammettere».

24 C. FANUELE, *La libertà personale*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 215.

all'altrui potere»): non dunque qualunque intervento dell'Autorità suscettibile di violare la personalità umana può rilevare ai fini dell'art. 13 Cost., ma solo quelle coercizioni morali capaci di «deformare artificialmente i naturali processi di autodeterminazione dell'individuo»²⁵; non è un caso se nella motivazione della sentenza sono citate quali esempi di coercizioni morali rilevanti ai sensi dell'articolo costituzionale poc'anzi menzionato le «complesse indagini di ordine psicologico e psichiatrico».

Questa tesi è stata dalla stessa Corte ribadita e anche meglio precisata in tempi più recenti (ad esempio, nella decisione n. 419 del 1994) quando essa ha potuto chiarire che nella "degradazione giuridica" dell'individuo risiede l'elemento qualificante della restrizione della libertà personale e che per aversi tale "degradazione giuridica" è necessario che il provvedimento provochi una menomazione o una mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*²⁶.

Tuttavia, in altre decisioni (che fanno parte di un filone maggioritario) la Corte ha invece potuto sostenere che la libertà personale deve essere intesa quale mera assenza di arbitrarie coercizioni fisiche e non può, dunque, essere messa in gioco se non da poteri coercitivi implicanti la sottoposizione, sia pure momentanea, a stato detentivo, benché poi secondo i giudici costituzionali siffatti poteri coercitivi debbano essere non di lieve entità, cioè di minima consistenza, bensì gravi, dovendo superare una certa soglia quantitativa.

Anche la dottrina a questo proposito si è divisa profondamente.

Alcuni autori hanno patrocinato la tesi secondo la quale la libertà personale «è... una situazione... preliminare al potenziale esplicarsi dei più vari aspetti di tale personalità [umana], che, per ragioni storiche e positive, si ritiene compromessa con l'instaurazione dello stato detentivo...»²⁷ e concludono così che l'art. 13 Cost. «regola quel complesso di poteri che ruotano attorno allo stato detentivo, così in sede di polizia come ai fini del processo penale; e... ciò fa, regolando i presupposti e la competenza per l'instaurazione di tale stato, nonché le conseguenze cui esso può dar luogo»²⁸.

Altri studiosi hanno diversamente sostenuto che l'art. 13 Cost. garantisce la persona fisica contro le situazioni temporanee o durature di assoggettamento all'altrui volere conseguenti ad una situazione di coazione fisica e che coercizione della libertà fisica si ha quando il ricorso alla coazione da parte della Pubblica Autorità seguirebbe, pressoché automaticamente, la mancata ottemperanza dell'obbligo o del divieto²⁹. Si prosegue osservando che, se la libertà personale di cui all'art. 13 includesse anche la libertà morale o di autodeterminazione, allora qualsiasi imposizione di obblighi o di divieti (dall'obbligo di spalare la neve nel tratto antistante la propria abitazione all'obbligo di prestare soccorso in caso di calamità), ricadendo sotto la disciplina dell'art. 13, commi 2 e 3, esigerebbe la

25 Si prende a prestito questa felice espressione di A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002, 24, il quale porta come esempio corroborante la successiva decisione n. 68 del 1964 nella parte e nella misura in cui ha stabilito che dalla Costituzione «non si può dedurre l'esistenza di un principio generale di ordine costituzionale che affermi la necessità dell'intervento del giudice in tutti i casi in cui nell'interesse della pubblica amministrazione si debba procedere ad atti da cui derivi o possa derivare una menomazione della dignità della persona».

26 Criticava già alla fine degli anni sessanta del secolo scorso il riferimento al criterio della «degradazione giuridica» A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 25, dall'Autore giudicato «quanto mai vago e contraddittorio».

27 Così G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976 (rist.), 24.

28 G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 26. La tesi è ripresa da molti altri Autori: cfr., fra i tanti, C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, 16; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 82 ss.; più di recente, G. FILIPPETTA, *La libertà personale e la libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2001, 364.

29 In tal senso cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Lezioni*, Parte spec., I, Padova 1985, 159 e 161-62.

previa autorizzazione del magistrato ovvero la necessità che il provvedimento amministrativo che ciò avesse disposto in caso d'urgenza venisse sottoposto a convalida giudiziaria: di conseguenza, si conclude nel senso che gli obblighi e i divieti che incidono sulla libertà morale costituiscono l'oggetto della disciplina non dell'art. 13 Cost., bensì dell'art. 23 Cost., il quale prevede una mera riserva relativa di legge³⁰.

Infine non manca l'autorevole presa di posizione di chi sostiene che nella sfera applicativa dell'art. 13 deve essere racchiusa anche la libertà morale e cioè le «modalità di interferenza nell'ambito privato che prescindono dal condizionamento fisico del singolo, ma ne inibiscono non di meno la facoltà di autodeterminazione»³¹: muovendo da queste basi, si conclude così che l'art. 13 vieta «non solo le violenze fisiche che portano all'indebolimento della resistenza morale (tortura sulle persone inquisite o, peggio, sui loro cari), ma anche le suggestioni, le induzioni in errore, le minacce, l'uso di «sieri della verità» o in genere di droghe obnubilanti...»³².

Qualcuno, riprendendo la soluzione fatta propria, come già visto, dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza del 1962 e anche in alcune successive occasioni, pur ammettendo che l'art. 13 ricomprende anche la libertà morale, osserva tuttavia che esso potrà essere chiamato in causa qualora nei confronti di un individuo l'Autorità ponga, attraverso obblighi di fare o di non fare, limitazioni alla libertà morale che siano però espressioni di una più ampia "degradazione giuridica" e che equivalgano ad un assoggettamento dell'individuo all'altrui potere³³.

La questione è dunque di difficile risoluzione; né a tentare di comporla può soccorrere la previsione costituzionale di cui all'art. 13, comma 4 che recita che "è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà" e in base al quale, dunque, nessun "trattamento" potrebbe passare attraverso pratiche lesive della libertà morale del recluso, come ad esempio la somministrazione forzata o anche soltanto proposta e accettata di sostanze che eliminino la capacità di autodeterminazione morale della persona³⁴.

È ben vero, infatti, che non è affatto infrequente che l'interrogatorio o, più in generale, qualunque altro mezzo di acquisizione della prova si svolga nei confronti di un soggetto che nell'ambito dello stesso procedimento risulti già destinatario di un provvedimento restrittivo, quale l'accompagnamento coattivo, l'arresto, il fermo o una misura coercitiva, e che le indebite pressioni operate sul soggetto *in vinculis* potrebbero, quindi, esser finalizzate a coartare la sua scelta in favore di un contegno collaborativo³⁵.

30 In questo senso cfr. A. PACE e D. PICCIONE, *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in *Valori e principi del regime repubblicano, II, Diritti e libertà*, Roma-Bari, 2006, 55 nota 29.

31 R. NANIA, *Appunti per un bilancio sulla libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, in R. NANIA (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, 6-7.

32 P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111.

33 Cfr. A. PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, cit., 25, il quale pure riconosce al contempo come la tesi propugnata risulti ancorata su «presupposti concettuali privi di riscontri obiettivamente determinabili»; in senso contrario cfr. G. FILIPPETTA, *La libertà personale*, cit., 365, secondo cui, «se si considerano lesive della libertà personale tutte le misure, sia coercitive che obbligatorie, che comportano una degradazione giuridica del soggetto colpito o un rilevante livello di assoggettamento all'altrui volere, le garanzie della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione possono non trovare applicazione nel caso di interventi coercitivi non degradanti (ad esempio di vaccinazione obbligatoria) o che comunque comportano un grado di coazione fisica non equiparabile all'arresto...».

34 Così anche V. ONIDA, *Prefazione* a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, XIV.

35 L'osservazione è di O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 30.

Anche ad ammettere ciò, comunque tale previsione costituzionale non sarebbe applicabile nei confronti del soggetto sottoposto a procedimento penale che non fosse sottoposto a misura coercitiva o in ogni caso ad un qualsivoglia provvedimento restrittivo, ma fosse invece in stato di libertà³⁶.

In ogni caso, tuttavia, la tesi che conferisce un rilievo dotato di fondamento costituzionale alla libertà morale appare preferibile.

Anche ammesso, ma non concesso, che l'art. 13 Cost. non sia conferente sotto questo punto di vista, si potrebbe comunque osservare, infatti, che la libertà di autodeterminazione rientra a pieno titolo fra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dall'art. 2 Cost.³⁷: ciò, del resto, è stato anche riconosciuto espressamente dalla stessa Corte costituzionale, la quale in una pronuncia del 1998, la n. 229, ha rilevato come "l'art. 188 del codice di procedura penale..., tutelando la "libertà morale della persona nell'assunzione della prova", rappresent[er] una diretta applicazione dell'art. 2 della Costituzione"; la Consulta ha conferito così ad una fonte primaria un diretto collegamento a livello costituzionale.

Non deve essere altresì sottovalutata l'esistenza – rilevante ai sensi e nei termini di cui all'art. 117, comma 1 Cost. – delle varie convenzioni e trattati internazionali volti a bandire la tortura e più in generale le forme di violenza anche solo psicologica sull'imputato³⁸.

Se tutto ciò ancora non bastasse, si potrebbe rilevare come siano di rilevante interesse ai fini della individuazione del sistema di tutela assicurato dalla Carta costituzionale alla libertà morale gli artt. 23, 25 e 32 Cost. e in particolare la riserva di legge che viene stabilita non solo per le pene ma anche per ogni imposizione di prestazione personale come patrimoniale e per qualsivoglia trattamento che, quale quello sanitario, sia strettamente attinente all'intimità della persona e possa ovviamente concernere anche la sfera psichica individuale. Tale riserva «appare nei suoi vari aspetti la fondamentale garanzia costituzionale della libertà morale dell'uomo... Lo Stato non può rinunciare, nei confronti di chicchessia, a imporre precetti di fare o di non fare o di tollerare..., a munire questi precetti di sanzione e a mandare ad esecuzione la sanzione o lo stesso precetto in forma specifica; ma garantisce a tutti che nessun divieto o nessun comando sarà imposto se non in forza d'una legge, che nulla sarà imperativamente richiesto se non per legge, che a nessuna misura attinente al patrimonio o alla persona dovrà forzatamente sottostare l'individuo che non sia stata disposta per legge o per atto che trovi nella legge la sua fonte e il suo fondamento. Così l'uomo nei limiti segnati dalle leggi, prima ancora d'esser libero nelle sue attività esterne, si sente signore delle sue determinazioni e raggiunge quella morale libertà che solo la sicurezza può dare»³⁹.

36 In senso contrario cfr., però, F. POLITI, *Diritto pubblico*, Torino, 2017, 438, secondo il quale l'art. 13, comma 4 Cost., disponendo che è vietata ogni violenza fisica e morale sulle persone sottoposte a restrizione di libertà, pone «ovviamente il principio di autodeterminazione anche per chi non sia sottoposto ad alcuna restrizione».

37 In dottrina cfr. già P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, 37, il quale aveva potuto considerare diritti inviolabili della persona umana, definiti tali dalla Costituzione all'art. 2, «il diritto all'integrità fisica, il diritto a conservare la personalità psichica e nervosa e il diritto al silenzio».

38 Sul punto cfr. già M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 65 ss.

39 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 269 e 338, il quale conclude nel senso che «la riserva di legge significa, nello specifico campo della libertà morale, che in tanto una minaccia, cioè una coercizione sulla volontà del singolo, può essere legittima in quanto sia stata dallo stesso previamente consentita o direttamente, come nei casi di referendum, o attraverso i suoi legittimi rappresentanti; in quanto, in altri termini, la maggioranza dei consociati, attraverso un voto al quale tutti abbiano potuto partecipare, abbia previamente accettato di subire quella coercizione, di autoimporre, dunque, per le proprie future determinazioni, i doveri derivanti dalla minaccia di sanzione o comunque dall'esistenza di un comando dello Stato» (p. 270).

4. Libertà morale, art. 13 Cost. e art. 188 cod. proc. pen.: rapporti reciproci

Vero è che proprio nello specifico settore del processo penale esiste una precisa disposizione in materia: il riferimento è all'art. 188 cod. proc. pen. rubricato "Libertà morale della persona nell'assunzione della prova", il quale stabilisce, in relazione sia alle prove tipizzate sia a quelle non disciplinate dalla legge in virtù del puntuale richiamo di cui all'art. 189, comma 1 cod. proc. pen., che neanche con il consenso della persona interessata è possibile fare ricorso a un metodo o ad una tecnica che risulti idonea ad "influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti"⁴⁰; l'eventuale atto acquisitivo è invalido⁴¹.

Sembrirebbe pertanto che nel campo processual-penalistico la libertà morale come principio «di ordine pubblico processuale»⁴² sia espressamente tutelata nell'ordinamento italiano e che dunque la diatriba dottrinale e anche le incertezze negli orientamenti giurisprudenziali poc'anzi ricordate non abbiano ragione di sussistere.

Nel momento in cui è stato posto il divieto di cui all'art. 188 cod. proc. pen. è stata operata una scelta di etica probatoria⁴³ in cui «si privilegia il "come" si perviene ad un risultato conoscitivo in linea con la scelta di un sistema probatorio non onnivoro»⁴⁴: la libertà morale della persona nell'assunzione della prova, infatti, è valutata dal legislatore alla stregua di un valore «metagiuridico»⁴⁵, di un interesse extraprocessuale collegato ad un principio di civiltà superiore ovvero ad un principio generale di tutela della dignità dell'uomo e, come tale, di un principio irrinunciabile e indisponibile (tanto che è irrilevante il consenso eventualmente prestato dal soggetto), la cui tutela risulta prioritaria rispetto alla stessa esigenza di accertamento processuale.

Si tratta, peraltro, di un valore che acquista risalto, pur a fronte del principio costituzionale, ex art. 25, comma 1, di precostituzione del giudice, fra i presupposti della rimessione del processo.

In realtà, il vero problema si sposta su di un altro versante: non è più tanto quello di stabilire se nel procedimento penale la libertà morale del soggetto sia costituzionalmente tutelata, o meno, nel nostro ordinamento (dato che essa è comunque riconosciuta e protetta da una norma perlomeno di rango legislativo), ma è invece quello consistente nell'appurare in che cosa consista e si estrinsechi esattamente la libertà morale cui fa indubbio riferimento il citato art. 188.

La risposta a questa domanda consente poi di chiarire quali tecniche e metodi siano utilizzabili e in particolare se gli accertamenti neuroscientifici siano in grado di incidere, o meno, sulla libertà morale del soggetto.

Si potrebbe innanzitutto seguire un'interpretazione estensiva della disposizione codicistica in questione: in base a tale interpretazione il divieto di utilizzare dati mezzi probatori riguarda non solo le tecniche suscettibili di causare vere e proprie alterazioni

⁴⁰ Analogo divieto è poi contenuto nell'art. 64, comma 2 cod. proc. pen. in relazione all'interrogatorio dell'indagato.

⁴¹ Cfr., per esempio, Cass., Sez. I, 18 dicembre 2013, n. 4429, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 11, 3844.

⁴² E. FORTUNA, *I soggetti*, in E. FORTUNA, E. FASSONE, R. GIUSTOZZI, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, Padova, 2002, 228.

⁴³ Così F.R. DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 8.

⁴⁴ F.R. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale: il ragionamento probatorio tra chimica valutativa e logica razionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 4, ma già E. MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 46.

⁴⁵ P. FELICIONI, *sub art. 188*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007, 1302, che riprende un'espressione già utilizzata da Taormina.

della capacità di autodeterminazione o di quella di ricordare o criticamente valutare i fatti, ma anche qualunque perturbazione della libertà psichica del soggetto incisiva a tal punto da determinare uno stato di una certa soggezione.

Si potrebbe osservare che il soggetto, pur non rischiando una lesione della propria integrità fisica o della propria salute né un dolore superiore alla normale tollerabilità nella fase in cui è assoggettato all'esame, tuttavia è in ogni caso collegato ad un dispositivo di scansione cerebrale in ambiente controllato (si pensi alle tecniche neuroscientifiche di *lie detection* e di *memory detection*): di conseguenza, l'interessato potrebbe essere indotto a rispondere in un certo modo alle domande poste durante l'esame stesso anche soltanto allo scopo di porre fine nel più breve tempo possibile all'esperimento.

Muovendo da queste premesse secondo le quali, dunque, le tecniche neuroscientifiche si risolverebbero in varie forme di introspezione mentale, si dovrebbe arrivare *de plano* alla conclusione che i metodi neuroscientifici contrastano con il precetto del suddetto art. 188 e dunque sono sempre e comunque illegittimi⁴⁶.

Ma, come ben è stato rilevato in dottrina, questa interpretazione, pur se teoricamente prospettabile, implicherebbe l'assoluta ed automatica espulsione dal processo delle neuroscienze e ciò anche qualora esse potessero servire a suffragare la posizione difensiva dell'imputato e fossero state da questi richieste al giudice: si perverrebbe così alla paradossale conseguenza che, a causa dell'impossibilità, non superabile neanche con il consenso prestato dall'interessato, di far uso dei metodi neuroscientifici, l'imputato, pur potendo fornire con certi esperimenti sul suo corpo la prova stessa della sua innocenza, dovrebbe nondimeno essere condannato in omaggio alla sua libertà morale⁴⁷. Si potrebbe addirittura anche osservare, secondo quanto sostenuto da taluni studiosi, che la stessa dignità dell'individuo – perlomeno di quello capace di intendere e di volere – «non può mai essere protetta... contro il medesimo, poiché ciò sarebbe in contraddizione insanabile con il principio della sua autodeterminazione e la dignità, in siffatta ipotesi, si convertirebbe in un disvalore costituzionale»⁴⁸.

Non solo ma, secondo alcuni, escludere l'utilizzo delle tecniche neuroscientifiche nel processo significherebbe in qualche modo indirettamente frustrare il profondo significato insito nel principio di cui all'art. 27, comma 3 Cost.: se, infatti, la pena ambisce a

46 In questo senso cfr. F. GRIFANTINI, *sub art. 188*, in *Commentario breve al Codice penale*, diretto da G. Conso e V. Grevi, Padova, 2005, 530; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene: processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2007, 19 ss.; V. GREVI, *Prove*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, 313, ma implicitamente sembrerebbe arrivare a questa conclusione anche C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona e diritti fondamentali: il legislatore di fronte all'oceano*, in C. CONTI (a cura di), *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Milano, 2011, 120, secondo la quale «le informazioni che l'individuo possiede appartengono al foro interno e vengono ad esistenza soltanto attraverso la sua volontà. Tale processo volitivo deve restare libero e l'ordinamento non può in alcun modo interferire, neppure in presenza del consenso dell'interessato (art. 188 c.p.p.)» (con corsivo nostro), pur ritenendo comunque l'Autrice che «tuttora priva di un netto *ubi consistam* resta la categoria della libertà morale, talora genericamente invocata a fronte di qualunque "prestazione" richiesta all'imputato nell'ambito del procedimento...» (p. 122 nota 13); più argomentata la posizione di F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino, 2012, 119-20, secondo il quale «la robusta garanzia offerta dall'ordinamento che la prova neuroscientifica non può essere assunta quale unica ed esclusiva componente per l'accertamento e la valutazione della responsabilità penale (o, a seconda dei casi, dell'attendibilità e veridicità della testimonianza), ma che sarà sempre e comunque sottoposta al vaglio prudente e all'apprezzamento "critico" del giudice insieme alla valutazione di tutte le altre emergenze processuali, contribuisce, in modo che si ritiene particolarmente efficace, anche a fugare i dubbi e le perplessità, pur comunque ragionevoli e condivisibili, circa le potenzialità lesive della libertà morale insite nella prova neuroscientifica, consentendo di stemperare il profilo di sospetta incompatibilità del mezzo di prova in questione con il riconoscimento e la tutela costituzionale della libertà individuale morale».

47 In tal senso cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto dell'imputato agli esperimenti sul suo corpo*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 273.

48 Così G. GEMMA, *Dignità umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2008, 380, il quale conclude il suo pensiero rilevando che «non può configurarsi una indisponibilità e irrinunciabilità della dignità di un individuo, con vincoli assoluti nei confronti del titolare stesso» (p. 381).

recuperare il condannato ai valori della società in cui la persona dovrebbe essere reinserita dopo l'espiazione, «le neuroscienze, lungi dallo scuotere dalle fondamenta il sistema penale, confermano la bontà dei suoi intenti: il messaggio, fondamentale, che il cervello è plastico significa che cambiare è possibile...»⁴⁹.

È dunque preferibile aderire ad un'altra interpretazione dell'art. 188 cod. proc. pen. e cioè ad un'interpretazione più rigorosa dello stesso.

Pare opportuno interpretare infatti strettamente la formula di cui all'art. 188: in virtù di questa interpretazione la disposizione codicistica in esame vieta di servirsi solamente delle tecniche e dei metodi suscettibili di causare vere e proprie alterazioni della capacità di autodeterminazione o di quella di ricordare o criticamente valutare i fatti⁵⁰ o comunque suscettibili di comprimere la personalità morale e di intaccare la dignità sociale del singolo, risolvendosi in strumenti di coazione psichica per l'individuo⁵¹.

Se così è, allora si deve ritenere che la narcoanalisi e l'ipnosi implicano una potente perturbazione indotta *ab externo* sullo stato di vigilanza e sulle capacità di orientamento critico dell'ipnotizzato sicché esse possono essere catalogate fra le operazioni peritali che influiscono sulla capacità di formare i propri pensieri e di assumere conseguenti comportamenti o di ricordare autonomamente e criticamente i fatti conservati nella propria memoria⁵²; invece le tecniche neuroscientifiche si limitano esclusivamente alla "registrazione" dell'attività metabolica o elettrica del cervello.

Partendo da tale premessa, si è giunti alla conclusione che la prova neuroscientifica non contrasta affatto con il divieto legislativo statuito dall'art. 188 succitato e che dunque essa è ammissibile⁵³: muovendo dal postulato secondo cui «non ogni tentativo di esplorazione dell'inconscio porta con sé, quando sia consentito, una lesione della libertà morale»⁵⁴, si è detto che il ricorso alla stessa prova neuroscientifica, infatti, non "svuota" della sua volontà e della sua personalità l'individuo attraverso una sorta di «manipolazione dell'io»⁵⁵.

Sotto questo profilo si potrebbe pensare, fra le varie "forme" di *memory detection* esperibili, al già menzionato *Implicit Association Test* (IAT): questa tecnica, che è la sola, a quanto consta, che ha trovato finora applicazione in alcuni processi in Italia e che è stata

49 O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 727.

50 Sembrerebbe questa la tesi interpretativa verso cui propende F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, cit., partic. 94, il quale osserva che «ritenere le neuroscienze forensi dei metodi e delle tecniche vietate ai sensi dell'art. 188 c.p.p. in quanto lesive della libertà morale... comporta... una assoluta loro esclusione dal processo, anche qualora esse potessero servire a suffragare la posizione difensiva dell'imputato e fossero state da quest'ultimo richieste al giudice. Il vincolo di cui all'art. 188 c.p.p., infatti, non è superabile... col consenso, libero e volontario, della persona interessata, con la conseguenza che l'esclusione degli apporti neuroscientifici dall'armamentario probatorio ammissibile per supposta lesività della libertà morale del soggetto... è operazione tutt'altro che ininfluente sulla tutela piena dell'inviolabile diritto alla difesa e alla prova del prevenuto».

51 In tal senso cfr. G.G. DE GREGORIO, *L'inutilizzabilità*, in E. MARZADURI (a cura di), *Le prove*, Torino, 1999, 253.

52 Cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 267.

53 F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, cit., 89, secondo cui «altri... sono i rischi e i pericoli di compromissione dell'integrità psichica della persona rispetto ai quali occorre assicurare la garanzia dell'inviolabile libertà morale, quali quelli rappresentati da azioni di tipo e natura del tutto diversi, che agiscono direttamente sulle strutture cerebrali e mentali o che sono condotti con mezzi subliminali e/o occulti tali da esercitare una forza suggestiva in grado di condizionare il volere, la capacità di analisi interiore e la possibilità di recepire e vagliare, con senso critico, altri stimoli, senza possibilità di "reagire" autonomamente allo stimolo ricevuto».

54 G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 312 nota 102.

55 F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, cit., 90.

messa a punto dal neuroscienziato Giovanni Sartori⁵⁶, è costruita sui tempi di reazione delle domande e consiste sostanzialmente nel domandare al soggetto di classificare rapidamente e accuratamente come vere o false le frasi che compaiono nel monitor di un computer; essa si basa sulla teoria indubbiamente fondata secondo la quale un ricordo genuino ha rapidi tempi di reazione, mentre la sua falsificazione determina il loro aumento esponenziale imputabile al conflitto cognitivo che il soggetto deve superare per fornire una risposta al ricordo naturale.

La tecnica in questione, che ha margini d'errore che gli esperti asseriscono essere notevolmente inferiori rispetto a quelli propri della tradizionale macchina della verità e più in particolare dell'8% anziché del 35%⁵⁷, è tale – a giudizio di alcuni autori⁵⁸ – non solo da non realizzare alcuna alterazione della capacità di ricordare e di valutare i fatti, ma anche da mantenere salvaguardata più propriamente la libertà di autodeterminazione e dunque la libertà morale dell'interessato: questo perché, a differenza di quanto avverrebbe con la narcoanalisi o con l'ipnosi, il soggetto resta pienamente *compos sui* e cioè assolutamente libero di definire vere o false le frasi che gli vengono proposte.

La conclusione per la quale la prova neuroscientifica non contrasta affatto con il divieto legislativo statuito dall'art. 188 e pertanto è sempre ammissibile però potrebbe anche essere affrettata e dunque non condivisibile.

In altri termini, si potrebbe adottare la tesi dottrinale in precedenza ricordata, secondo cui l'art. 13 Cost. tutela anche la libertà morale oltreché quella meramente fisica, e conferire al "concetto" di libertà morale di cui alla suddetta disposizione costituzionale un significato più ampio di quello attribuito alla libertà di autodeterminazione di cui all'art. 188 cod. proc. pen.

Più in particolare, si potrebbe attribuire alla libertà morale tutelata dall'art. 13 Cost. il significato tale per cui essa è incisa da qualsiasi perturbazione della libertà psichica della persona sufficientemente incisiva da ingenerare uno stato di notevole soggezione: peraltro, ad accogliere poi quella "concezione" più estensiva di libertà morale che si era ricordata all'inizio di questo scritto, questa perturbazione potrebbe interessare non solo la libertà del volere intesa in senso stretto, ma anche la libertà di coscienza, la libertà di pensiero, la libertà della vita affettiva e l'integrità psichica.

In ogni caso, di conseguenza si dovrebbe allora sostenere che le tecniche neuroscientifiche, determinando comunque uno stato di una certa soggezione nel

56 Cfr. A. STRACCIARI, A. BIANCHI, G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna, 2010, 206 ss.

57 Il dato è tratto da G. SARTORI, *How to accurately detect autobiographical events*, in *Psychological Science*, 2008, 780. Non si può peraltro non notare che, al di là della fallibilità insita in ogni mezzo di prova ma a maggior ragione presente nel caso degli accertamenti neuroscientifici perché, mentre, esemplificando, di un testimone si può mettere in dubbio l'attendibilità controinterrogandolo, non è possibile, invece, mettere in dubbio mediante il controinterrogatorio gli esiti della *memory detection*, comunque, ad esempio, lo IAT citato nel testo nella migliore delle ipotesi assoda la sola corrispondenza, o meno, delle risposte ai ricordi tuttora presenti nella mente ma questo non prova affatto e ancora che questi a loro volta corrispondano al reale, ossia ai fatti del passato.

58 Cfr. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, 543 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in P. FERRUA, E. MARZADURI, G. SPANGHER, *La prova penale*, Torino, 2013, 32, il quale ultimo peraltro precisa però che le ragioni di perplessità verso le tecniche neuroscientifiche «più che nella lesione della libertà del volere, stanno altrove; o meglio, solo indirettamente si collegano al tema dell'autodeterminazione. Derivano dalla struttura stessa di queste prove nelle quali la persona, proprio nell'atto di parola che dovrebbe vederla come partecipe di un processo comunicativo, degrada a mero oggetto di osservazione e di analisi. L'aspetto vagamente inquietante è che qui l'atto di parola non venga più in rilievo come momento di dialogo e occasione di ascolto, ma sia analizzato e per così dire trattato "clanicamente" allo scopo di estrarne informazioni alla stessa stregua con cui si effettua un esame ematologico o si ispeziona un organo» (pp. 32-33), concludendo l'Autore nel senso che con le tecniche in parola «non si risponde per essere ascoltati né per essere creduti; la parola non è più un mezzo comunicativo, ma serve da elemento di informazione solo attraverso l'analisi dei tempi di reazione (o, in altre tecniche, delle neuroimmagini). Nell'inevitabile bilancio tra costi e benefici forse l'antico e illustre metodo della *cross-examination* può ancora riuscire vittorioso» (p. 33).

soggetto, non sono vietate in quanto tali ma non sono neanche ammesse sempre e comunque: esse, più specificamente, dovrebbero soggiacere alla riserva di legge e di giurisdizione stabilite dallo stesso art. 13 Cost., per cui il legislatore dovrebbe stabilire casi e modi in cui è possibile intervenire nel corso del processo penale sul soggetto – imputato o testimone che sia – e il giudice, dal canto suo, dovrebbe con provvedimento motivato autorizzare o convalidare il provvedimento *de quo*.

Se poi si ritenesse, come fa, come già visto, parte della dottrina, che gli obblighi e i divieti che incidono sulla libertà morale costituiscono l'oggetto della disciplina non dell'art. 13 Cost., bensì dell'art. 23 Cost., allora sarebbe necessario ma anche sufficiente soltanto che il legislatore stabilisse casi e modi di tali obblighi e divieti (peraltro, trattandosi di una mera riserva relativa di legge, senza l'esclusione di interventi da parte di fonti secondarie in materia), senza alcun bisogno dell'indispensabile intervento del magistrato.

In ogni caso si porrebbe la necessità dell'intervento del legislatore in ordine appunto a casi e modi in cui è possibile operare sul soggetto incidendo sulla sua libertà morale attraverso un metodo neuroscientifico il quale comporta una perturbazione della libertà psichica della persona incisiva quanto basta da ingenerare uno stato di notevole soggezione: e questo analogamente a ciò che, d'altronde, il legislatore ha già potuto fare, sia pure, secondo alcuni studiosi, in modo non del tutto soddisfacente⁵⁹, con riferimento alla libertà personale intesa come sfera corporale della persona.

È noto infatti che con l'art. 24 della l. n. 85/2009 è stato introdotto l'art. 224-*bis* cod. proc. pen. il quale stabilisce che quando si procede per delitto non colposo, consumato o tentato, per il quale la legge prevede la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni ed in ogni altra fattispecie contemplata espressamente dalla legge, se per l'esecuzione dell'indagine peritale è necessario compiere atti idonei ad incidere sulla libertà personale (fra i quali il legislatore menziona il prelievo di capelli, di peli o di mucosa del cavo orale su persone viventi ai fini della determinazione del profilo del DNA o altri accertamenti medici), in assenza del consenso della persona da sottoporre ad esame il giudice, anche d'ufficio, può disporre, con ordinanza motivata, l'escussione coatta dell'atto subordinatamente alla condizione che esso risulti assolutamente indispensabile ai fini della prova dei fatti.

Nel codice di procedura penale è altresì contenuto l'art. 359-*bis*, il quale prevede che nei casi d'urgenza possa procedere coattivamente il Pubblico Ministero che dovrà richiedere al giudice per le indagini preliminari entro quarantotto ore la convalida del proprio decreto autorizzativo.

Da ultimo poi con la l. n. 41/2016 il legislatore ha introdotto norme specificamente rivolte a disciplinare l'accertamento dello stato di ebbrezza alcolica o di alterazione psico-fisica da assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, funzionale all'eventuale affermazione di responsabilità per i reati di omicidio e lesioni gravi e gravissime connessi alla circolazione stradale⁶⁰.

Anzi, secondo una ricostruzione dottrinale si dovrebbe considerare a parte il caso in cui il ricorso alla tecnica neuroscientifica avvenga nell'ambito non della testimonianza e

59 Cfr. C. CONTI, *Accertamenti medici sulla persona*, cit., secondo la quale la l. n. 85/2009 «lascia residuare vistose falle nella tutela dei... valori costituzionali. Al di là delle sirene del lessico normativo... le nuove norme delineano in modo non netto i contorni degli atti consentiti, lasciando gravosi incumbenti all'interprete. L'arcipelago dei permessi dilaga in un enorme continente dai confini pericolosamente sfumati. Con un capovolgimento del rapporto regola (vietato)-eccezione (consentito), per un verso, il legislatore si è occupato di delineare esclusivamente l'area dei limiti agli atti che possono essere compiuti; per un altro verso, ha tracciato una disciplina intessuta di clausole generali e, dunque, indeterminata, con deprecabili risvolti anche in punto di tipicità dei divieti probatori alla cui violazione... è collegata l'ostica figura della inutilizzabilità» (p. 124) e ancora «il difetto più eclatante consiste nell'incertezza del novero degli atti coattivi che risultano consentiti nel processo penale e nel totale silenzio sulle modalità esecutive da adottare: la novella non soddisfa le... esigenze di tassatività-determinatezza che presiedono alla materia regolata» (p. 128).

dunque della prova dichiarativa, bensì della perizia psichiatrica e dunque di un mezzo di prova avente ad oggetto l'individuo come fonte di prova reale: questo giacché al fine di stabilire l'esistenza di una malattia mentale o di un disturbo della personalità l'esame neuroscientifico si attegga con modalità che richiamano gli accertamenti sulla fisicità dell'individuo (ad esempio, il prelievo di campioni al fine di estrarre il profilo del DNA).

In questa ipotesi, dunque, siccome gli esami neuroscientifici vengono collocati nell'alveo in cui l'individuo con la sua componente cerebrale interessa alla stregua di una mera *res*, si dovrebbe concludere che le metodiche neuroscientifiche devono essere ricondotte nell'ambito degli "accertamenti medici" eseguibili coattivamente nel corso della perizia o della consulenza tecnica di cui parla il poco fa citato art. 224-*bis* cod. proc. pen.; tuttavia, si conclude poi al contempo che è «di intuitiva evidenza come una soluzione del genere sia da limitare al massimo in un ordinamento ad impianto personalistico che intenda tutelare la dignità umana» e che pertanto gli esami riconducibili alle tecniche neuroscientifiche utilizzabili nell'ambito della perizia psichiatrica devono «quanto meno essere effettuati con il consenso della persona che vi è sottoposta»⁶¹.

Tuttavia, la tesi da ultimo esaminata, almeno sotto certi profili, non sembra da condividere.

Si può anche sostenere che gli accertamenti medici, benché appaiano un "concetto" assai vago sia sotto il profilo degli atti ammissibili sia in rapporto alle modalità della loro esecuzione⁶², possono essere effettuati con una qualsivoglia finalità probatoria e che dunque le tecniche neuroscientifiche ben possono essere fatte rientrare nel novero, appunto, degli accertamenti medici: ma allora non si può poi inferire la conclusione che è necessario il consenso dell'interessato⁶³; questo perché la l. n. 85/2009 prescinde dal consenso, consentendo l'espletamento di accertamenti medici anche in forma coattiva.

In altri termini, si può concludere nel senso che in merito alla prova reale e specificatamente nel solo caso della perizia psichiatrica si può applicare *in toto* già fin d'ora la disposizione di cui all'art. 224-*bis* cod. proc. pen. che esplica i suoi effetti anche in assenza del consenso dell'interessato; con riferimento invece alla prova dichiarativa e *in primis* alla testimonianza deve ancora essere approvata una legge relativa alla possibile e legittima incidenza delle neuroscienze sulla libertà morale nei termini che si sono in precedenza delineati.

60 Su tutti questi interventi legislativi cfr., fra gli ultimi, F. PRETE, *Gli accertamenti tecnici nei reati stradali*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017, 1 ss., partic. 4, laddove l'Autore osserva che, se l'art. 224-*bis* lascia aperto il dubbio se l'elencazione dei tipi di prelievo funzionale alla determinazione del profilo del DNA – capelli, peli e mucosa del cavo orale – sia tassativa o, al contrario, meramente esemplificativa (interpretazione, quest'ultima, che peraltro forse un'interpretazione costituzionalmente orientata suggerirebbe di seguire), neppure con la l. n. 41/2016 il legislatore ha prodotto una disciplina soddisfacente sotto il profilo della chiarezza e della precisione.

61 Entrambe le ultime due citazioni sono tratte da C. CONTI, *La tutela della libertà morale. Prove dichiarative e prove "reali"*, in P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 184, la quale invece con riferimento alla prova dichiarativa osserva che «l'impiego delle neuroscienze... sembra da respingersi giacché viene in gioco la necessità di rispettare la libertà di autodeterminazione che rappresenta uno sbarramento insuperabile rispetto all'accesso al foro interno dell'individuo ed è considerata *ex professo* indisponibile dall'art. 188» (p. 183) e con specifico riferimento allo IAT già citato nel testo *supra* che esso «è da considerarsi radicalmente inibito... anche laddove la richiesta provenga dalla difesa o dall'individuo sottoposto all'esecuzione, per motivi identici a quelli che tradizionalmente inducono a ritenere vietata l'ipnosi o la macchina della verità» (pp. 183-84); sul punto v. anche F.R. DINACCI, *Neuroscienze e processo penale*, cit., 5, il quale osserva che il problema è quello di stabilire se nella nozione di "accertamenti medici" di cui agli artt. 224-*bis* e 359-*bis* cod. proc. pen. possano essere fatte rientrare le indagini neuroscientifiche e che a tale proposito la «genericità della locuzione... lascia il dubbio sulla volontà del legislatore di formulare un'ipotesi "aperta" proprio al fine di mantenere la norma adeguata anche a fronte di evoluzioni della scienza medica».

62 In tal senso cfr. anche P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2017, 314.

63 A questa conclusione arriva anche A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, 521.

5. Alcune osservazioni sui principi del *nemo tenetur se detegere* e della dignità della persona umana: implicazioni con la libertà morale

Ma c'è un punto che pare necessario chiarire.

L'intervento del legislatore che stabilisca i modi e i casi in cui è possibile intervenire, comprimendola, sulla libertà morale (intesa, lo si ripete, più ampiamente rispetto a quella di cui all'art. 188 cod. proc. pen. e cioè come qualsiasi perturbazione della libertà psichica della persona sufficientemente incisiva da ingenerare uno stato di notevole soggezione) non è, per così dire, completamente libero nei fini, ma dovrà tenere nella debita considerazione anche l'esistenza, in Costituzione, di alcuni principi che si collegano, sia pure indirettamente, alla libertà morale e che possono confliggere con le tecniche neuroscientifiche e con i quali, dunque, l'intervento del legislatore in materia dovrà, se ci si consente l'espressione, fare i conti.

In altri termini, il legislatore dovrà bilanciare l'interesse costituzionalmente rilevante alla ricerca della verità processuale e alla conseguente riduzione delle possibilità di errori giudiziari, che può essere probabilmente⁶⁴ meglio realizzato attraverso l'ausilio delle neuroscienze, con questi altri interessi, che hanno un peso altrettanto costituzionalmente rilevante⁶⁵.

Innanzitutto il fatto stesso che il soggetto e in particolare l'imputato sia collegato ad uno strumento di scansione cerebrale in ambiente controllato con la conseguenza che potrebbe essere "spinto" a rispondere alle domande formulategli durante l'interrogatorio pone problemi di compatibilità con il principio del cd. *nemo tenetur se detegere*: pare infatti «un indiscusso principio della nostra civiltà giuridica che l'imputato, nel corso dell'interrogatorio, vada lasciato libero di difendersi collaborando o non collaborando con l'autorità giudiziaria»⁶⁶.

Il principio del *nemo tenetur se detegere*, pur non essendo espressamente contemplato né dalla Costituzione né dalla CEDU (benché in quest'ultimo caso sia ricavabile, secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo, dall'art. 6 della Convenzione), appare tuttavia ben radicato nei valori fondanti il nostro ordinamento: a questo proposito ben si è potuto osservare che «nell'intelaiatura della Carta costituzionale, si rinvengono una pluralità di riferimenti logici e normativi che consentono di ricostruirne, da un lato, l'assoluta centralità nell'ambito del processo, e dall'altro, il carattere di diritto di libertà»⁶⁷.

Da questo punto di vista il *se detegere* rappresenta un aspetto del diritto di autodeterminazione o di libertà morale dell'imputato: se l'imputato fosse obbligato a rendere dichiarazioni sul fatto la cui responsabilità è allo stesso attribuita, il medesimo non

64 Come già detto in precedenza nel corso di questo lavoro, è una diffusissima opinione quella secondo cui gli strumenti neuroscientifici sono in grado di porre al riparo la decisione resa al termine di un processo penale dall'arbitrio o anche più semplicemente dalla discrezionalità del giudice, facendo in modo che questi, anziché ricorrere, come sovente fa, al senso comune contenuto nelle cosiddette massime di esperienza, possa basare la sua pronuncia su di un tipo di conoscenza fornita di elevati *standards* di scientificità.

65 Come rileva giustamente L. CAPRARO, *Problematiche relative al diritto processuale penale*, cit., 277-78, «non si devono mai perdere di vista le fondamentali garanzie che l'ordinamento prevede a tutela dell'imputato e anche degli altri soggetti coinvolti nella più ampia prospettiva della centralità della persona riconosciuta dalla nostra Costituzione, e dalle Carte internazionali che ne garantiscono i diritti inviolabili. In questo senso il ricorso agli strumenti neuroscientifici in funzione probatoria potrebbe essere oggetto di limitazioni, visto e considerato che la ricerca della "verità ad ogni costo" è prerogativa di sistemi processuali propri di regimi autoritari quale il nostro fortunatamente – nonostante i suoi difetti – non è».

66 V. GREVI, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 68-69 e 69 nota 25; ancor prima cfr. già G. SABATINI, *Poligrafo e libertà morale*, Padova, 1961, 23, secondo cui va collocato sullo stesso piano dell'antica tortura «qualsiasi mezzo che comunque impedisca la libera espansione della personalità del soggetto».

potrebbe più liberamente determinarsi ad alcuna scelta difensiva ed anzi sarebbe non più il soggetto, bensì piuttosto l'oggetto del processo.

Anche la Corte costituzionale, del resto, e sia pure con riferimento al "vecchio" art. 78 cod. proc. pen. così come modificato dal legislatore nel 1969, ha avuto modo di chiarire nella decisione n. 34 del 1973 che la garanzia del diritto a non rispondere all'autorità inquirente ha come "scopo... evidentemente quello di rafforzare la libertà morale dell'imputato per sollevarlo dallo stato di soggezione psicologica in cui possa venire a trovarsi a cospetto dell'autorità e per porlo a riparo da eventuali pressioni che su di lui possano essere esercitate".

Non solo, ma, soprattutto nel periodo antecedente alla riforma dell'art. 111 Cost. ma pure, benché con qualche maggiore divisione, successivamente⁶⁸, la dottrina sia processualistica sia costituzionalistica erano pressoché concordi nel ritenere che il *se detegere* dovesse quanto meno implicitamente evincersi dalla stessa enunciazione costituzionale del diritto di difesa di cui all'art. 24, comma 2 Cost.: come è stato ben detto, «il rispetto dovuto alla libertà morale dell'inquisito e quindi l'esigenza di assicurare un certo grado di dignità ai metodi di investigazione giudiziaria hanno indotto a ravvisare nel diritto di difesa dell'imputato anche una componente per così dire negativa, rappresentata dal diritto di tale soggetto di non fornire prove della propria eventuale colpevolezza e più in generale le prove suscettibili di pregiudicare lo svolgimento dei suoi assunti difensivi nel processo»⁶⁹.

In questi termini il diritto al silenzio esteriorizza, come è stato osservato, l'assioma dell'inviolabilità del segreto della coscienza⁷⁰ e la prevalenza del diritto di difesa sulle stesse esigenze dell'accertamento penale, le quali non possono essere esasperate al punto tale da pretendere apporti informativi *contra se* da parte del soggetto indagato⁷¹.

Infine sullo sfondo di tutta la tematica della quale ci si occupa un posto di non secondario rilievo assume il valore della dignità della persona umana.

Quello che pure rappresenta un valore costituzionalmente rilevante e cioè la ricerca della verità processuale non può mai prevalere nell'operazione di bilanciamento con il valore costituito dalla dignità della persona umana.

Questo anche ad ammettere, con parte della dottrina, che la dignità della persona non sia un principio escluso dal bilanciamento in quanto "bilancia" esso medesimo⁷², ma debba invece partecipare, analogamente a tutti gli altri principi, alle operazioni, appunto, di *balancing test*⁷³.

67 D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna, 2012, 244; in senso diverso sembra invece esprimersi G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, cit., 308-10, secondo il quale, «benché il principio *nemo tenetur edere contra se* esprima una profonda esigenza della civiltà giuridica contemporanea e trovi anche nel nostro diritto positivo applicazioni di grande momento, non si può tuttavia dimenticare che non poche legislazioni, ed in particolare la nostra, ammettono che persino chi si trova ad essere già accusato abbia un obbligo, sia pur limitato, di dire la verità o di non tacere: per es. intorno alle proprie generalità...».

68 Cfr., ad esempio, P. TONINI, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 837, mentre in senso contrario E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, 3589.

69 M. SCAPARONE, *sub art. 24*, in *Comm. della Cost.*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 87.

70 D. BARBIERI, *Interrogatorio nel processo penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, 227.

71 P. CORSO, *Diritto al silenzio: garanzia da difendere o ingombro processuale da rimuovere?*, in *Ind. Pen.*, 2000, 1081-82.

72 Questa è invece la tesi espressa in modo particolare da G. SILVESTRI, *La dignità umana come criterio di bilanciamento dei valori costituzionali*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1181.

Infatti, pur muovendo da questa (peraltro contestata⁷⁴) tesi dottrinale, si deve ritenere che la cosiddetta «dignità innata»⁷⁵, che spetta sempre e comunque a ciascuna persona, impedisca che la stessa «possa mai divenire cosa, che le azioni o le mancate azioni possano mai giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti»⁷⁶ e valga a negare «la possibilità stessa di una completa privazione dei diritti, potendo la mancata conquista della dignità “acquisita” giustificare solo puntuali limitazioni, proporzionate alla gravità del comportamento tenuto»⁷⁷.

È bensì vero, d'altronde, che in linea di massima la Corte costituzionale si è sempre mostrata assai cauta nell'assegnare a determinati interessi di rango costituzionale posizioni di prevalenza nel catalogo dei valori costituzionali: a questo proposito è quasi una sorta di *communis opinio* quella secondo la quale non trova cittadinanza nel nostro ordinamento la teoria, propugnata dalla dottrina statunitense (molto meno dagli studiosi e dalla giurisprudenza costituzionale tedeschi) e animata dal forte timore di una menomazione dei cosiddetti “diritti privilegiati”, delle *preferred positions*, le quali sono in una posizione di aprioristica priorità nei confronti delle *deferred positions*⁷⁸.

Si è così potuto agevolmente concludere che nel nostro ordinamento «in astratto non è neppure possibile stabilire tra essi [i principi costituzionali] alcun ordine di precedenza»⁷⁹. I principi costituzionali sono assoggettati al bilanciamento: posto che ciascun valore costituzionale presenta normalmente una struttura polisemica poiché esprime la sintesi di una pluralità di interessi, il bilanciamento può essere definito come una tecnica di composizione di interessi costituzionali⁸⁰.

73 Questa – cioè che la dignità sia un valore bilanciabile come tutti gli altri – è l'opinione sostenuta, per esempio, da M. LUCIANI, *Positività, metapositività e propositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, 1060 ss., nonché sempre da M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Quest. giust.*, 2015/1, 91.

74 Oltre a Gaetano Silvestri citato nella nota 72, cfr. quanto sostenuto da A. RUGGERI in vari scritti e da ultimo in *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 18 maggio 2017, 5, il quale ritiene che la dignità non sia un principio assoggettabile a bilanciamento, ragionando, anzi, della dignità della persona come dell'autentico valore «superconstituzionale» che «dà senso e giustificazione all'intera Carta repubblicana».

75 M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 13-14.

76 M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, cit., 14, il quale conclude che, «se si accede a questa lettura..., si può dunque accettare, ma solo sul piano della dignità “acquisita”, una differenziazione tra gli individui, frutto del merito o del demerito riscontrato nel loro processo di autodeterminazione, di autorealizzazione».

77 M. RUOTOLO, *op. e loc. ult. cit.*

78 Sul punto cfr. B. SCHWARTZ, *A Commentary on the Constitution of the United States*, III, New York-London, 1968, 6 ss.; L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, I, New York, 2000, 1059 ss., partic. 1062-63 e *ivi* nota 22 per la visione del giudice Scalia in materia di bilanciamento di interessi.

79 R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 33; recentemente sul punto cfr. anche G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, 19 giugno 2017, 16, il quale osserva che l'“atteggiamento” della *preferred position* «è frutto di una paura ed ha una valenza solo difensiva, ma rischia di essere dannoso alla costellazione dei diritti e interessi costituzionali (si sottolinea questo aggettivo) nel suo complesso. Il diritto A, se deve prevalere sul diritto (o interesse) B in una serie di circostanze, in un certo ambito, non deve necessariamente prevalere su quest'ultimo, allorché la prevalenza potrebbe determinare una forte menomazione di B senza un sostanziale vantaggio di A» (p. 17).

80 Come ben rileva A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 15-16, il bilanciamento non compone, invece, i valori correlativi agli interessi, perché i valori «semmai... entrano nel giudizio di costituzionalità in via riflessa o mediata. Il caso più evidente in proposito si verifica quando, con riferimento ad un diritto fondamentale, la Corte costituzionale ricorre al concetto di “contenuto essenziale”, ossia il “contenuto di valore” oltre il quale nessun sacrificio è ammissibile – essendo in gioco propriamente il carattere di “inviolabilità” del bene tutelato – e nessun bilanciamento è possibile».

Tuttavia, soprattutto nei tempi più recenti la stessa Corte costituzionale ha tendenzialmente sottratto alle operazioni di bilanciamento alcuni principi costituzionali: si pensi alla importante decisione n. 264 del 2012, in cui essa può incidentalmente ma significativamente rilevare che i principi di uguaglianza e di solidarietà, “per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali” (punto 5.3 del cons. in dir.).

Se così è, allora è presumibile che anche altri valori costituzionali godano – nella stessa *opinione* dei giudici costituzionali – di questa “posizione privilegiata” e che fra questi un ruolo centrale possa e debba occupare la dignità (innata) dell’uomo; del resto, questo è confermato anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale, se solo si considera quanto la Corte ha potuto statuire in modo particolare nella decisione n. 293 del 2000, in cui è chiaramente affermato che “quello della dignità della persona umana è... valore che permea di sé il diritto positivo...”.

Di conseguenza, lo svolgimento delle operazioni relative alle tecniche neuroscientifiche non potrà giammai avvenire in violazione della dignità (perlomeno di quella cosiddetta innata) dell’uomo⁸¹.

6. Una proposta conclusiva

A conclusione del presente lavoro si può osservare come l’ausilio, che secondo molti ricercatori può essere difficilmente messo in dubbio da un punto di vista scientifico, offerto dalle neuroscienze nell’ambito del processo penale possa senz’altro riuscire nell’intento di perseguire al meglio il fine della ricerca della verità processuale e dunque della limitazione quanto più possibile del margine di errore giudiziario.

Ma questi interessi, pure costituzionalmente rilevanti, devono essere ragionevolmente bilanciati con la tutela della libertà morale dell’individuo.

Più esattamente può essere rinvenuto un nucleo essenziale di tale libertà che non può mai essere scalfito da nessun organo, legislativo o giudiziario che sia, e neanche in vista degli obiettivi più nobili: più in particolare, in alcun modo si può consentire il ricorso a tecniche suscettibili di causare vere e proprie alterazioni della capacità di autodeterminazione del soggetto o di quella di ricordare o criticamente valutare i fatti ad opera dello stesso quand’anche ciò fosse ritenuto indispensabile ai fini del raggiungimento della verità processuale.

Al di fuori di questo nucleo essenziale è invece possibile comprimere la libertà morale nei casi e nei modi stabiliti dal legislatore, ma tale compressione dovrà essere temperata con i principi costituzionali di cui si è detto nel corso del presente lavoro.

A questo proposito si deve precisare che l’intervento del legislatore dovrebbe auspicabilmente essere molto più rigoroso di quanto non sia avvenuto con la l. n. 85/2009 sotto il profilo della tassatività e utilizzare formule nient’affatto generiche le quali lascerebbero fatalmente all’interprete il delicato e difficile compito di riempirle di contenuto. Inoltre l’intervento in questione dovrebbe fare una corretta applicazione dei canoni di proporzionalità e di gradualità nell’individuazione del punto di bilanciamento fra la compressione della libertà morale e gli interessi pure costituzionalmente rilevanti alla prevenzione e alla repressione dei reati, nonché alla difesa e alla sicurezza sociali. Sotto quest’ultimo profilo, per esempio, si potrebbe prevedere che l’accertamento e in particolare quello neuroscientifico possa esser compiuto, sì, anche in ipotesi di mancata prestazione del consenso da parte dell’interessato, ma solamente in caso di fattispecie criminose di medio-alta gravità e sempre che sia assolutamente indispensabile alla prova

⁸¹ Sul punto cfr., più in generale, le considerazioni di F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, cit., 124.

dei fatti e non si possa far ricorso ad altra e diversa tipologia di operazione peritale che comporti un minor grado di invasività sul soggetto.

Una domanda sorge a questo punto spontanea: in attesa dell'intervento del legislatore quale ruolo può assumere il giudice che si trovi a dover disporre (d'ufficio o a richiesta, per esempio, dell'imputato) un accertamento neuroscientifico nella misura in cui determina soltanto uno stato di soggezione psicologica nel soggetto e non un'incidenza sulla capacità di ricordare i fatti o di autodeterminarsi?

Probabilmente il giudice si troverebbe come Eracle di fronte al bivio: o non disporre l'accertamento in questione ritenendo ostativa l'assenza di disciplina legislativa, ad eccezione del caso su cui si è già appuntata l'attenzione della perizia psichiatrica in relazione alla quale potrebbe fare riferimento all'art. 224-*bis* cod. proc. pen. nella parte in cui parla di "accertamenti medici"; oppure ritenere applicabile, in tutti i casi in cui si può disporre un accertamento neuroscientifico, per analogia proprio quest'ultima disposizione.

Questa applicazione analogica, però, da un lato sarebbe teoricamente possibile non trattandosi di materia penale sostanziale ma dall'altro potrebbe risultare difficile poiché non è così agevole far rientrare la prova dichiarativa, qual è la testimonianza, nel concetto di "accertamento medico".

** Ricercatore in Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"