

ACCERTAMENTI TECNICI ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO

di Luca Sammiccheli e Giuseppe Sartori

Abstract. *Il presente contributo si prefigge lo scopo di sottoporre alla riflessione giuridica il tema della consulenza tecnica (psicologico-forense) sull'elemento soggettivo del reato. L'analisi cercherà di distinguere le problematiche teoriche (circa lo specifico costruito psicologico oggetto di indagine scientifica) da quelle metodiche e strumentali (relative alle possibili tecniche di applicazione). A tal fine si riporterà una breve casistica di consulenze che, ad avviso degli autori, sono già collocabili (anche se forse inconsapevolmente) all'interno di tale ambito di accertamento tecnico.*

SOMMARIO: 1. Neuroscienze tra *mind reading* e *insanity defense*. – 2. Considerazioni psicologico-forensi. – 3. La perizia/consulenza tecnica sull'elemento soggettivo del reato. – 3.1. L'individuazione del tema di indagine tecnica relativo all'elemento soggettivo. – 3.2. I possibili contributi teorici e tecnici delle scienze del comportamento. – 4. Casistica. – 5. Conclusioni.

1. Neuroscienze tra *mind reading* e *insanity defense*.

In occasione dell'ormai quasi decennale percorso di riflessione sul *neurodiritto*, più volte ci si era soffermati sulla necessità di focalizzare con precisione la dimensione giuridica sulla quale la "prova neuroscientifica" avrebbe potuto produrre il suo effetto.

Ci pareva infatti che nella letteratura internazionale (essenzialmente dal fronte neurobiologico più che da quello giuridico), esaminando il ruolo delle neuroscienze come strumenti di "assessment" della "criminal responsibility", si andassero a confondere due diverse dimensioni di valutazione. In alcuni scritti la *prova neuroscientifica* era infatti parimenti ipotizzata sia nella indagine di quella che nel nostro linguaggio giuridico chiamiamo imputabilità (ossia capacità di intendere e di volere al momento del fatto, intesa come pieno possesso delle facoltà psichiche minime per poter considerare l'autore del reato come *autodeterminato* nel delinquere) e che nel linguaggio legale anglosassone viene etichettata (con una estesa, ma non totale, sovrapponibilità concettuale) *insanity defense* sia in quella dimensione differente, attinente alla partecipazione psichica al fatto antigiuridico, che nei giuristi chiamano *colpevolezza* (o *elemento soggettivo del reato*) e che nel sistema anglosassone viene definita *mens rea*, contrapposta all'elemento oggettivo denominato invece *actus reus*. Ebbene, in

diversi lavori¹, nella vasta accezione di *criminal assessment*, si facevano convergere sia tecniche di valutazione riconducibili al cosiddetto *mind reading* (e cioè tecniche finalizzate a ricostruire la tipologia di *intenzione* – passata, presente o futura – nell’atto) sia strumenti e tecniche aventi invece più a che fare con la *psichiatria di marca neurobiologica* (ossia teorie, tecniche e strumenti di diagnosi di malattia mentale centrate sulla interpretazione del “dato” cerebrale e neurobiologico).

Ciò posto, già in una monografia del 2012 ci si chiedeva se tale sovrapposizione di piani non richiedesse una più attenta riflessione da parte degli operatori del diritto: «La distinzione esplorata [...] tra le categorie giuridiche della imputabilità e della colpevolezza diventa a questo punto fondamentale per comprendere l’ambito di applicazione delle tecniche neuroscientifiche: una cosa è parlare di strumenti che permettono di giungere a una più certa diagnosi psichiatrica, altro è riferirsi a strumenti che consentono al giudice di ricostruire le intenzioni (lo stato disposizionale in relazione al reato) dell’imputato, tentativo che nel contesto legale italiano – a nostro avviso – sarebbe problematico da un punto di vista di ammissibilità giuridica prima ancora che di affidabilità tecnica. In realtà, tale evenienza risulta tutt’altro che remota in letteratura. L’utilizzo del *mind-reading* (con risonanza magnetica funzionale e software esperti) ai fini della ricostruzione delle intenzioni del soggetto è suggerito ad esempio da Brown e Murphy², che considerano le valutazioni neuroscientifiche attinenti all’elemento soggettivo del reato, ossia gli atteggiamenti mentali correlati al comportamento illecito nella sua materialità. Come sarebbero considerate nel panorama giudiziario italiano? I giudici sarebbero disponibili ad affidare a una misurazione strumentale la determinazione circa colpa, dolo o preterintenzione del reato?». Precisiamo ora che l’intreccio concettuale – in ambito di neurodiritto – tra il *mind reading* e la *insanity defense* non può certo considerarsi un difetto di gioventù, in quanto, per esempio, lo ritroviamo ancor più problematico in una recentissima monografia a più mani³ dedicata proprio alle problematiche dell’utilizzo delle neuroimmagini in ambito giudiziario, monografia nella quale i contributi dedicati alla “lettura delle intenzioni” (per esempio quello intitolato “Brain reading” di Haynes o quello “How to read minds” di Bayne) si intervallano a quelli dedicati all’utilizzo delle neuroimmagini come strumento di diagnosi psichiatrica giudiziaria (“Overcoming self-report: possibilities and limitations of brain imaging in psychiatry” di Linden) o a quelli che riprendono la divulgazione della nuova criminologia di stampo biologico (“The neurobiology of violence: science and law” di Campbell e Eastman).

Ecco dunque che riflettendo su un tipo particolare di “prova scientifica nel processo” (quella di carattere neuro-scientifico) ci si è trovati a ragionare sull’ambito di

¹ Si vedano, in particolare: VINCENT N., *On the Relevance of Neuroscience to Criminal Responsibility*, in *Criminal Law and Philosophy*, 4, 2010, pp. 77-98; AHARONI E., FUNK C., SINNOTT-ARMSTRONG W. e M. GAZZANIGA, *Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience*, in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 1124, 2008, pp. 145-160.

² BROWN T., MURPHY E., *Through a Scanner Darkly: Functional Neuroimaging as Evidence of a Criminal Past Mental States in Stanford Law Review*, 62, 2010, pp. 1119-1208.

³ RICHMOND S., REES G., EDWARDS S. (a cura di), *I Know What You’re Thinking. Brain Imaging and Mental Privacy*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

applicazione giuridica della prova scientifica (sia essa neuro o meno), e cioè sulla questione del possibile utilizzo della *prova tecnica* sulla valutazione dell'elemento soggettivo del reato. L'interrogativo, in altre parole, se sia giuridicamente legittimo che il giudice (o le parti del processo) si avvalga di una consulenza tecnico-scientifica per accertare (o, *rectius*, per contribuire ad accertare) la partecipazione psicologica dell'imputato al fatto a lui attribuito.

2. Considerazioni psicologico-forensi.

Il tema è, dal punto di vista della scienza psicologico-forense, estremamente interessante.

L'indagine sulla *colpevolezza*⁴, infatti, sembra perfettamente incarnare quello che la storica letteratura di psicologia giuridica considera come il *peccato originale* della disciplina, ossia la contiguità dell'oggetto di indagine: «[...] sia il diritto che la psicologia si occupano del comportamento umano: l'uno, tra l'altro, per indicare ciò che è vietato e ciò che è lecito e per dare al giudice elementi diagnostici al fine di precisare le responsabilità individuali, l'altra anche per spiegare la motivazione del comportamento e dei conflitti umani e per diagnosticarli in relazione a differenti variabili. I giuristi e gli psicologi rappresentano due comunità di studiosi che, pur occupandosi di due campi connessi, si ispirano a presupposti diversi [...]»⁵. Essa incarna infatti il fulcro della *psichicità* di un sistema penale moderno che ha abbandonato (anche con una garanzia a livello di norma costituzionale, nell'art. 27) quasi ogni forma di responsabilità oggettiva nel senso di indifferente alla soggettività dell'agente. A tal proposito, riprendiamo classica - anche se datata - manualistica di diritto penale: «L'elemento soggettivo del reato è un fatto d'ordine naturale ed in particolare **un fenomeno psicologico** e, come tale, si aggiunge all'elemento oggettivo o materiale [...] Esso consiste in ogni caso in comportamento psichico: **in un atteggiamento della volontà dell'agente.**»⁶.

Ebbene come si pone dunque il problema dell'accertamento di tale entità psichica? Quello che in letteratura giuridica viene rubricato come *accertamento del dolo*⁷?

⁴ Per scorrevolezza di lettura, in questa sede talvolta useremo il termine *colpevolezza* come sinonimo di *elemento soggettivo del reato*, pur sapendo che nel più preciso tecnicismo giuridico essi non sono perfettamente sovrapponibili.

⁵ GULOTTA G., *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 1.

⁶ ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 1991, p. 281.

⁷ In realtà, ma sospendiamo per non complicare troppo il ragionamento, sembrerebbe che alcuni aspetti relativi all'accertamento *empirico* dell'elemento soggettivo si possano porre altrettanto chiaramente per le volontà *colpose* quanto per le volontà *dolose*. In tal senso colpisce anche l'equivoco che sosterebbe la stessa negazione della legittimità della colpa se letta in chiave psicologica quasi che la psiche potesse riguardare solo la volontà cosciente: «Nella storia del reato colposo il *primo problema* riguarda la stessa *legittimità della punizione dei fatti colposi*. In una visione meramente *psicologica* della *colpevolezza* è stata contestata, anche in tempi non lontani, una tale legittimità, dato che nella colpa manca la volontà e, d'ordinario, anche la rappresentazione del fatto. E col rischi di fare regredire la colpa tra le forme della responsabilità oggettive», così MANTOVANI F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001, p. 342.

Invero basterebbe richiamare, anche senza scomodare Freud, il concetto di *arousal* per "psicologizzare" la colpa: l'atteggiamento psichico rimproverabile starebbe proprio nella mancanza di compimento di quello specifico *atto psichico* che è l'aumento dello stato attentivo dal quale - in seconda battuta - deriverebbero

L'accertamento del dolo, volendo citare illustre dottrina⁸, avviene sulla base di un trittico di carattere logico, nel quale il primo passo consiste nel «considerare tutte le circostanze esteriori che in qualche modo possono essere espressioni degli atteggiamenti psichici» il secondo nell'«inferire, dalla esistenza di tali circostanze, certe e precise, l'esistenza di una rappresentazione, di una volizione o di un movente, sulla base delle massime di comune esperienza, del modo in cui vanno comunemente le cose [...]» e il terzo nel «valutare le eventuali circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione del modo in cui vanno normalmente le cose».

In un veloce richiamo di storica giurisprudenza⁹ troviamo costante la tesi per cui occorre assumere come riferimento quei dati obiettivi dell'azione che «per la loro non equivoca potenzialità sintomatica sono i più idonei a esprimere il fine perseguito dall'agente e che sono rilevabili dalla determinazione del contenuto dell'azione, dalle sue modalità esecutive e dai risultati della stessa» (C., Sez. I, 22.2.1989; cfr. anche C., Sez. V, 21.3.1990). Il giudice deve inoltre valutare, alla stregua di indizi, tutti gli elementi esterni da cui sia possibile ricavare la prova del dolo, onde è necessario che «l'indizio sia certo e non meramente ipotetico o congetturale, che la deduzione del fatto noto rientri in un procedimento logico ispirato al massimo rigore e alla più assoluta correttezza e, nel caso di pluralità di fatti indizianti, questi siano concordanti, nel senso che, valutati nel loro insieme, confluiscono univocamente in una ricostruzione logica e unitaria del fatto ignoto, che non deve avere contro di sé alcun ragionevole dubbio.» (C., Sez. I, 11.7.1988).

Di particolare importanza, con riferimento al valore decisivo di prova che assumono in relazione all'accertamento della volontà omicida le caratteristiche oggettive della condotta, la giurisprudenza ha posto specifica enfasi sulla direzione, intensità e reiterazione dei colpi (C., Sez. I, 18.12.2003); sulla micidialità dell'arma, del proiettile o dello strumento usato (C., Sez. I; 3.3.1994); sulla parte del corpo colpita o presa di mira (su questo specifico aspetto ritorneremo nel paragrafo 4 trattando uno dei “casi peritali”) (C., Sez. I, 23.11.1994) nonché sulla distanza tra autore e vittima al momento dell'atto (C., Sez. I, 23.11.1994).

In una semplificazione per la quale si chiede venia ci pare che la sequenza logica del suddetto tema può essere posta più o meno in questi termini: a) il dolo (nonché la colpa) è un elemento del fatto di reato, o meglio «della fattispecie tipica»¹⁰; b) il dolo è un elemento della fattispecie tipica collocato in una particolare dimensione, quella del “foro interno del soggetto”, ossia è un elemento del fatto di reato che *si trova* nella mente del soggetto in una dimensione del tutto intrapsichica; c) si presuppone

per esempio i comportamenti *colpevoli in quanto negligenti*. L'*arousal* (da intendersi come livello attentivo di base sottoposto al controllo cosciente) è *psichico* tanto quanto la volontà, anzi si può dire che ne è il presupposto fondamentale. In una battuta si potrebbe dire che, da un punto di vista psichico, volendo segnare un confine tra la *responsabilità oggettiva* e quella *colpevole* esso si potrebbe porre proprio tra l'*inconscio* (dimensione psichica sempre e comunque fuori dal controllo della coscienza) e il *pre-conscio* (contenuti psichici che possono essere in un dato momento fuori dalla coscienza, ma che a questa possono presentarsi con un deliberato sforzo attentivo. Si pensi, per fare un esempio concreto, a tutte le tecniche di bio-feedback che consistono proprio nel ricondurre alla coscienza tutta una serie di parametri fisiologici - per esempio il battito cardiaco - che normalmente restano proprio *pre-consci*).

⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 335.

⁹ Riprendiamo la rassegna giurisprudenziale da RONCO M, ARDIZZONE S., Sub Art. 43, in *Codice Penale Ipertestuale*, Utet, Torino, 2001.

¹⁰ RONCO M, ARDIZZONE S., Sub Art. 43, *cit.*, 2001.

che tale elemento non possa essere in alcun modo osservato direttamente, poiché il “foro interno”, il *dentro la mente*, è di per sé sottratto alla osservazione esterna; c) l’unico modo per ricavare tale elemento necessario alla ricostruzione completa del fatto tipico è quello di *ricavarlo*, di *inferirlo* dalle circostanze esteriori della condotta: «il dolo lo si può cogliere solo nella condotta, e nelle modalità che accompagnano la condotta»¹¹. La condotta si fa cioè *segno* dell’intenzione. Essa va decodificata affinché dalle tracce di quest’ultima si possa, come in un percorso semiologico, risalire al *sensu* di quest’ultima, ossia alla intenzione dell’agente; d) in tale percorso di decodifica l’interprete si serve di *regole (o massime) di esperienza* le quali consentono appunto di collegare logicamente la condotta con le intenzioni che la sostengono. Regole che, al pari di quelle sintattiche e semantiche consentono di passare dal *segno* del comportamento oggettivo al *significato* nascosto nel foro interno¹².

3. La perizia/consulenza tecnica sull’elemento soggettivo del reato.

A nostro avviso l’interrogativo sulla fattibilità di una consulenza tecnica sull’elemento soggettivo del reato si snoda attorno a due tematiche fondamentali.

La prima riguarda la corretta individuazione, da un punto di vista scientifico, del tema di indagine sottoposto al tecnico in una simile fattispecie. Il problema, cioè, di quale sia la possibile traduzione, nella logica e nel linguaggio delle scienze del comportamento, di quella specifica dimensione che per i giuristi è, appunto, l’elemento soggettivo del reato.

La seconda, che è logicamente posposta alla prima, attiene invece alla individuazione dei possibili strumenti di accertamento tecnico su tale dimensione psichica. La scienza psicologica è in grado di fornire una conoscenza *tecnica* su tale sfera di indagine giuridica che sia più affidabile delle “massime di comune esperienza” utilizzate dal giudice? Vedremo in un prossimo paragrafo, in cui tratteremo alcuni reali casi peritali in cui a nostro avviso si è già avuta (forse senza piena coscienza) una indagine tecnica sull’elemento soggettivo, quali sono alcuni strumenti proponibili.

¹¹ RONCO M, ARDIZZONE S., Sub Art. 43, *cit.*, 2001.

¹² Riprendiamo in tal senso la prospettiva fertile della *grammatica morale* riproposta da Hauser sulla base di quella originaria di Rawls del 1971 de *Una teoria della giustizia*. In particolare, Hauser, seppur con molta enfasi sull’elemento evoluzionistico, tocca un punto centrale dell’indagine scientifica del pensiero morale, ossia lo studio dell’aspetto semantico del comportamento quale premessa fondamentale di ogni riflessione. Il punto di partenza di tale approccio è l’introduzione di un’analogia strutturale tra le forme di organizzazione del linguaggio e quelle della condotta intenzionale. Infatti, così come il linguaggio utilizza elementi discreti combinati e ricombinati per creare un’infinita varietà di espressioni significanti (dalle sillabe alle parole alle frasi), così le «...azioni sembrano vivere in un universo gerarchico parallelo. Come i fonemi, molte azioni non hanno un significato. Quando si combinano, spesso le azioni assumono un significato. [...] Quando le azioni sono combinate, possono rappresentare gli scopi di un agente, i suoi mezzi e le conseguenze di una sua azione od omissione», HAUSER, M., *Menti morali. Le origini naturali del bene e del male*, il Saggiatore, Milano 2007 p. 56.

3.1 L'individuazione del tema di indagine tecnica relativo all'elemento soggettivo.

In psicologia forense spesso si richiama il fondamentale metodologico dell'individuazione del rapporto "norma-costrutto", ossia la corretta traduzione della specifica dimensione psicologica/psicopatologica sottesa dalla formulazione – spesso generica – della norma di diritto. Sul tema, si era appunto proposta¹³ una possibile "traduzione" nei termini delle scienze del comportamento, delle diverse categorie giuridiche della *suitas*, della colpevolezza e della imputabilità. Lo psicopatologo, quando richiesto di produrre una consulenza, deve sapere distinguere con estrema precisione le diverse sfaccettature psicologiche e psicopatologiche sottese dai diversi contesti giuridici di riferimento. Una perizia sulla stato di circonvenibilità della vittima del reato di circonvensione di incapace richiede di focalizzarsi su funzioni psichiche e cliniche differenti, per esempio, da quelle sulle quali concentrarsi su una perizia in tema di imputabilità (art. 88 e 89 c.p.) o sulla capacità di stare in giudizio. Nel civile, una consulenza tecnica in materia di affidamento di minori (ex art. 155 c.c.) dovrà focalizzarsi su dimensioni psichiche (essenzialmente, *l'idoneità genitoriale*) differenti da quelle da indagare in caso di procedimento per attribuzione di un amministratore di sostegno (sostanzialmente, valutazione del tasso di efficienza cognitiva generale). In sintesi, l'assioma metodologico del rapporto "norma-costrutto" (ossia la corretta individuazione del rapporto di *traduzione* tra il riferimento mentalistico contenuto nella norma giuridica e lo specifico *costrutto* del linguaggio delle scienze del comportamento) costituisce il punto di partenza di ogni ragionamento teorico e pratico della psicologia e psicopatologia forense. Ebbene, questo il punto, in una ipotetica "perizia sull'elemento soggettivo del reato" quale sarebbe l'esatto *costrutto* delle scienze del comportamento oggetto di esplorazione di carattere tecnico-scientifico? Quale, cioè, la specifica *dimensione psichica* che verrebbe sottoposta al vaglio dell'esperto?

Un primo equivoco che a nostro avviso andrebbe assolutamente sgomberato è quello relativo ad una sorta di "falsa associazione semantica" che si viene a creare tra la consulenza sulla colpevolezza (che effettivamente si può considerare come consulenza tecnica di tipo *psicologico*) e il cosiddetto "divieto di perizia psicologica" previsto dal secondo comma dell'art. 220 c.c.p. La stessa associazione delle parole "psicologo", "perizia", "imputato" sembrano materializzare l'operatività dell'art. 220 c.p.p., spesso anche con una interpretazione collegata alla scelta del tipo di professionista da coinvolgere¹⁴. Tuttavia, la semplificazione dei termini non deve trarre in inganno:

¹³ LAVAZZA A., SAMMICHELI L., *Il delitto del cervello*, Codice, Torino, 2012, p. 37 ss.

¹⁴ Citiamo per inciso l'annosa questione di una lettura "psichiatrizzante" di tale articolo, secondo la quale la norma anziché prescrivere un divieto di indagine tecnica su una certa dimensione psichica (quella sostanzialmente attinente alla dimensione *normale* del funzionamento della personalità) diventerebbe un divieto di perizia sulla imputabilità "fatta dagli psicologi". Equivoco che, a non voler pensare male nei rapporti tra diverse categorie professionali, segna perlomeno una non chiara comprensione storica di tale divieto. Ciò che la norma vuole vietare, infatti (si veda la lunga storia sulla legittimità costituzionale dell'omologo previgente art. 314 c.p.p.) è una indagine sulla *personalità* (o *carattere*) dell'imputato sostanzialmente per ragioni di garanzia processuale (evitare pregiudizi di tipo *personologico-stereotipizzanti* in capo al giudicante) ed evitare ogni possibile scivolamento verso un diritto penale del *tipo di autore*. Ciò premesso il punto non è chiaramente *chi* fa la perizia ma su quali dimensioni si concentra: uno *psichiatra* potrebbe benissimo fare una perizia puramente *personologica* e, per inverso, uno psicologo clinico può altrettanto – rispettando il dettato normativo – fare una perizia puramente *psicopatologica* (ossia indirizzata

l'apporto di una conoscenza di carattere tecnico-psicologico ai fini della determinazione della qualità ed estensione della partecipazione psicologica dell'imputato al fatto criminale (*consulenza sulla colpevolezza*) è cosa del tutto differente dalla "perizia psicologica" vietata dalla suddetta norma. Differente proprio perché incentrata su differenti dimensioni della indagine psichica.

Se si vuole tradurre nel linguaggio psicologico l'istituto della colpevolezza (*rectius*, dell'elemento soggettivo del reato), sebbene normalmente si parli da parte dei giuristi di "atteggiamento" (per esempio «in un atteggiamento della volontà dell'agente» per l'Antolisei sopra richiamato), dovremmo forse più precisamente riferirci a "disposizione psicologica temporanea" o "stato" («Nella "disposizione" si distingue il tratto, che è la caratteristica stabile e duratura che rende diverso ogni individuo da tutti gli altri, e lo stato, che è una disposizione psicologica e comportamentale temporanea»¹⁵): il modo, storicamente circoscritto, con cui il soggetto si pone in relazione al proprio comportamento. L'"atteggiamento", infatti, nella tecnica del linguaggio psicologico, presenta una sfumatura di significati segnatamente differenti rispetto all'accezione utilizzata da alcuni giuristi come l'Antolisei. Con esso, infatti si intende «un sistema di credenze, sentimenti, valutazioni e tendenze ad agire a favore o contro un determinato oggetto sociale»¹⁶, qualcosa che ha a che fare con il porsi, in modo più o meno stabile e più o meno consapevole, verso un determinato oggetto sociale (per esempio, gli atteggiamenti verso la famiglia, gli atteggiamenti verso gli immigrati, gli atteggiamenti verso gli omosessuali).

La dimensione psicologica sottoposta a divieto di indagine scientifica nella fase di cognizione *ex art. 220 c.p.p.* è invece quella della "personalità" o "carattere" («Insieme di caratteristiche psichiche e modalità di comportamento che, nella loro integrazione, costituiscono il nucleo irriducibile di un individuo che rimane tale nella molteplicità e diversità delle situazioni ambientali in cui si esprime e si trova ad operare»¹⁷). La delimitazione *temporale* della dimensione psichica è quindi fondamentale nella scienza psicologica per distinguere diverse componenti della medesima: mentre i tratti, infatti vanno a comporre (combinandosi, appunto, in uno *stile di personalità*) il funzionamento stabile e costante dell'individuo, gli stati e le attività ne contraddistinguono invece il funzionamento "localizzato" nel tempo (il quale teoricamente dovrebbe rispecchiare il suo stile *stabile* di funzionamento, ma non necessariamente questo deve avvenire: un soggetto con stile pacato di personalità può incappare in un attacco d'ira).

Per esempio, nella classica analisi dei descrittori della personalità, Allport e Odbert differenziavano i tratti di personalità da altri importanti unità di analisi. Definivano i tratti come «tendenze determinanti, generalizzate e personalizzate, modi

esclusivamente alla individuazione dei disturbi psichici). Circa le vicissitudini di legittimità costituzionale del divieto di perizia criminologica nel previgente codice, v.: CARNEVALE A., MENNA R., COLAGRECO A., *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai giorni nostri*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1995, p. 371; PANNAIN B., ALBINO M., PANNAIN M., *La perizia sulla personalità del reo. Evoluzione dottrinarie e normativa. Prospettive nel c.p.p. '88*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1989, p. 834; PISAPIA G., *La perizia criminologica*, in (a cura di) FERRACUTI F., *Trattato di criminologia, medicina criminologica, e psichiatria forense*, Vol. XIII, *Psichiatria forense generale e penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 410.

¹⁵ Voce «Disposizione», in GALIMBERTI U. (a cura di), *Enciclopedia Garzanti di Psicologia*, Garzanti, Milano, 1999, p. 110.

¹⁶ ARCURI L., (a cura di), *Manuale di psicologia sociale*, Il Mulino, Bologna, 1995, voce «atteggiamento» dal Glossario, p. 531.

¹⁷ Voce «personalità», in GALIMBERTI U. (a cura di), *Enciclopedia*, cit., p. 763.

coerenti e stabili dell'adattamento di un individuo al proprio ambiente [...] I **tratti così si differenziano dagli stati e dalle attività** che descrivono gli aspetti della personalità temporanei, di breve durata e causati da circostanze esterne.»¹⁸. In psicologia, insomma, sin dalle classificazioni degli anni '30 si distingue chiaramente tra "tratti", "stati" e "attività" a seconda della dimensione temporale delimitata e a seconda della dimensione intrapsichica vs. comportamentale sulla quale ci si focalizza.

3.2 I possibili contributi teorici e tecnici delle scienze del comportamento.

Una prima considerazione ci può aiutare a comprendere la possibile utilità dei tipi di consulenza di cui stiamo trattando. Il tema di indagine giuridico che abbiamo cercato di enucleare nel paragrafo precedente non è infatti un qualcosa che possiamo considerare estraneo alle scienze del comportamento, anzi. Il tritico logico di Mantovani¹⁹ («considerare tutte le *circostanze esteriori* che in qualche modo possono essere espressioni degli atteggiamenti psichici»; «inferire, dalla esistenza di tali circostanze, certe e precise, l'esistenza di una rappresentazione, di una volizione o di un movente, sulla base delle *massime di comune esperienza*, del modo in cui vanno comunemente le cose [...]»; «valutare le eventuali circostanze che lascino ragionevolmente supporre una *deviazione* del modo in cui vanno normalmente le cose») è un qualcosa che, portato nell'alveo delle scienze psicologiche, appartiene a quella sottodisciplina di fondamentale importanza detta "psicologia sociale" (con la sua versione più moderna – anche correlate ai più recenti studi di carattere neuroscientifico – della "cognizione sociale"). In essa viene studiato in modo specifico le modalità con cui il soggetto *conosce* la realtà sociale. L'individuazione delle regole cognitive condivise con le quali il soggetto attribuisce significato, e dunque *intenzione*, all'altrui comportamento, è qualcosa che appartiene, appunto, all'alveo di studio della psicologia della cognizione sociale.

Tra i vari ambiti di studio della psicologia sociale (tra questi, le dimensioni sociali del sé; i processi di socializzazione; le dinamiche di gruppo; la persuasione e l'influenza sociale) ve ne è poi uno che sembra corrispondere ancor più esattamente a *quei processi cognitivi* che il giudice (*rectius*, il processo) applica nella individuazione dell'elemento soggettivo del reato, ossia l'ambito dei cosiddetti "processi di attribuzione causale". In essi è ricompreso «[...] lo studio di come le persone cercano *spiegazioni per il loro e per l'altrui comportamento* [corsivo nostro]. Le attribuzioni causali sono quei processi che le persone mettono in atto quando devono operare questo tipo di spiegazione, ossia quando *inferiscono le cause che stanno dietro a specifiche azioni e sentimenti* [corsivo nostro]»²⁰. Ovviamente non è possibile in questa sede proporre neanche un abbozzo di tale vastissima area di studio, basti solo dire che essa spazia dai fondamentali lavori degli anni sessanta di Fritz Heider²¹, psicologo di ispirazione

¹⁸ ALLPORT G.W., ODBERT H.S., *Trait-names: a psycho-lexical study*, in *Psychological monographs*, 47, 1936, p. 26, citato in PERVIN L.A., JOHN O.P., (ed. italiana a cura di Porzionato G.), *La scienza della personalità*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1997, p. 235.

¹⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 335.

²⁰ ARCURI L., *Manuale di psicologia sociale*, cit, p.102.

²¹ HEIDER F., *The psychology of interpersonal relations*, Wiley, New York, 1958 [trad. it. *La psicologia delle relazioni interpersonali*, Il Mulino, Bologna, 1972].

fenomenologica e gestaltista a cui si deve il conio della definizione di “attribuzione causale”, ai recentissimi e citatissimi studi sui *neuroni mirror*²², con i quali (secondo alcuni) sembrano essersi scoperte le strutture cerebrali con le quali (attraverso, appunto, un meccanismo di *riflessione immediata*) riusciamo – in modo pre-coscio e non ragionato – ad *intuire* le intenzioni comportamentali e gli stati d’animo altrui. Da notare che quelli che in psicologia sociale abbiamo definito meccanismi di “attribuzione causale” nell’ambito della valutazione dell’elemento soggettivo sembrano entrare in gioco a due livelli: in primo luogo nel momento in cui il giudice deve *attribuire* lo stato mentale dell’imputato (per esempio, l’imputato *era consapevole*, nel reato di ricettazione, del fatto che la merce poteva essere rubata?) ma anche, a doppio livello, quando il giudice, per valutare giuridicamente lo stato mentale dell’imputato, deve stabilire il modo in cui quest’ultimo *ha attribuito* gli stati mentali altrui (per esempio, l’imputato come ha *attribuito* le intenzioni del rapinatore reagendo con un’arma da fuoco e ferendolo?).

Ulteriore precisazione, e in questo ci colleghiamo con quanto detto in premessa in relazione alle moderne neuroscienze, sta nella distinzione – che ci pare essere stata talvolta sollevata – rispetto alle cosiddette tecniche di *lie detection*. Ebbene, ipotetici apporti tecnici sulla dimensione soggettiva dell’imputato sono da differenziarsi anche da queste ultime: mentre le tecniche di *lie detection* (con tutte le problematiche che esse comportano *in primis* dal punto di vista giuridico) riguardano la valutazione della sincerità delle affermazioni del dichiarante (sia esso testimone, sia esso imputato, come nella stessa simmetria degli artt. 188 e 64 del c.p.p.), le tecniche sull’elemento soggettivo si riferiscono alla *scientificità* nella ricostruzione della disposizione soggettiva dell’imputato, a prescindere da qualsiasi sua dichiarazione in merito alla medesima. Non dunque tecniche di *lie detection* nel vecchio senso, ma tecniche di *mind detection* nel senso di rilevatori delle genuine disposizioni soggettive: non si valuta la veridicità del contenuto storico della dichiarazione testimoniale (vecchia tecnica di *lie detection*) ma la veridicità della disposizione soggettiva (o, in generale, la veridicità delle intenzioni).

Un altro aspetto da sottolineare in linea generale (e che proveremo ad approfondire in concreto nel paragrafo che riprende una piccola casistica *di frontiera*) è che i supposti apporti tecnici sull’elemento soggettivo potrebbero in astratto assumere diverse forme. Forme che schematicamente potremmo distinguere in due modalità principali: a) quelle che prevedono l’applicazione sul soggetto di una specifica tecnica/strumentazione in grado di rilevare le dimensioni psichiche indagate; b) quelle che si limitano ad introdurre una conoscenza di tipo *tecnico* in grado di falsificare, nel caso concreto, la fondatezza della *massima di comune esperienza* applicabile nella ricostruzione indiretta della volontà colpevole.

Per inciso, viene da ipotizzare che una volta superato lo scoglio della fattibilità generale di siffatte consulenze (o, perlomeno, di una loro legittimità) esse potrebbero trovare fertile applicazione in quelle fattispecie di dolo sottilmente sospese tra una lettura “psicologica” ed una “normativa” (come per esempio nella mai risolta

²² V., RIZZOLATTI G. e SINIGAGLIA C., *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Raffaello Cortina, Milano, 2006.

costruzione teorica della fattispecie del dolo eventuale²³) e in quelle tipologie di reati in cui, per stessa ammissione degli operatori del diritto, si tende a scivolare verso forme (sulla carta sempre rifiutate) di *dolus in re ipsa*, come nei reati di tipo economico dove, come sottolinea stimata dottrina, «[...] sovente la mancanza quasi strutturale di un evento in senso naturalistico conduce la giurisprudenza medesima all'applicazione del dolo eventuale, legato però alla condotta criminosa [...]. In tal modo però si rischia di scivolare verso i pericolosi lidi del c.d. *dolus in re ipsa*, cioè di desumere il dolo dal fatto, con inevitabile utilizzazione di un inaccettabile meccanismo presuntivo»²⁴.

In particolare, già altrove²⁵ ci si era occupati di questo di tipo di problematica in relazione ad una tipologia particolarmente delicata di reati economici, ossia quelli di natura fiscale. L'obiettivo del nuovo sistema penale fiscale introdotto con il d.lgs 74 del 2000 è quello di una concreta incriminazione, anche e soprattutto a livello soggettivo, dei comportamenti di evasione («[...] l'obiettivo principale della nuova normativa è stato individuato nella incriminazione dei fatti e dei comportamenti destinati a ledere concretamente gli interessi del Fisco sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo [...]»²⁶). In tal senso, il sistema risulta caratterizzato, nelle stesse parole della Relazione Governativa, dal focus sulla "rilevante offensività" e sul "dolo specifico" dei comportamenti sanzionati («[...] (sistema) imperniato su un ristretto catalogo di fattispecie criminose, connotate da rilevante offensività e da dolo specifico di evasione [...]»²⁷). Alla luce di tali direttive generali non pare fuor d'uopo la discussione su tutti gli strumenti disponibili sul panorama scientifico per addivenire ad una prova "più forte" in relazione all'elemento soggettivo in tali tipi di reato.

In sintesi, il ragionamento sulla fattibilità giuridica di siffatte consulenze richiede a nostro avviso un chiarimento su due specifici limiti normativi. In primo luogo, il limite – da alcuni richiamato – relativo al cd. divieto di perizie psicologiche, e dunque capire se eventuali perizie sull'elemento soggettivo del reato siano riconducibili nell'alveo delle perizie – vietate – sulla «personalità e carattere dell'imputato» o «qualità psichiche indipendenti da cause patologiche». In secondo luogo, qualora superata in chiave positiva questa prima preclusione, sarebbe necessario anche escludere che le suddette tecniche di indagine psichica (in particolare quelle applicate direttamente all'imputato e non a indizi fattuali) non siano da ricondurre nell'ambito di operatività dell'art. 64 c.p.p. che, come noto impedisce che, anche con il consenso dell'interessato, possano essere applicati «metodi o tecniche

²³ Nella sua distinzione, *in primis*, dalla colpa cosciente. Su tale sconfinato tema, peraltro anche di (indiretto) interesse per la scienza psicologico-giuridica, v.: FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, Nota a: Cassazione penale, 24 aprile 2014, n.38343, sez. un, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 2014, p. 1938 e ss.; PULITANÒ D., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc.1, 2013, p. 22 e ss.; CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Parte generale – II, Utet giuridica, 2013, p. 103-104; DE FRANCESCO G.A., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, fasc. 1, 1988, p. 133 e ss..

²⁴ MANNA A., *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Giappichelli, Torino, 2011, Vol. I, p. 210.

²⁵ SAMMICHELI L., *Psicologia dell'evasione fiscale e valutazione dell'elemento soggettivo. Un ruolo per lo psicologo forense ?*, in BORSARI R. (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova University Press, Padova, 2013, p. 239.

²⁶ CAPELLO P., *Dolo e colpa nei reati societari, tributari e fallimentari*, Cedam, Padova, 2002, p. 280.

²⁷ CAPELLO P., *Dolo e colpa*, cit., p. 281.

idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti.». Problema, cioè, parallelo e per certi versi già affrontato in relazione all'art. 188 c.p.p. sul testimone. Chiaro che questo tipo di incertezze si potrebbero porre in relazione alle metodiche psicologiche applicabili direttamente o indirettamente alle dichiarazioni dell'imputato (con una serie di distinguo, come vedremo a proposito dell'uso forense dello strumento IAT) ma non nel caso di consulenze strutturate come *pareri pro veritate* sulla non applicabilità di massime di comune esperienza (o meglio, sulla esistenza di evidenze scientifiche in grado di invalidare la regola di massima comune esperienza applicabile dal giudice): si pensi all'ipotetico utilizzo di algoritmi tratti dalle scienze ergonomiche nella valutazione (verosimilmente su materiale video) delle reali intenzioni di comportamento ricavate dalla lettura delle meccaniche gestuali dell'agente oppure (come in uno dei casi che riportiamo nel paragrafo dedicato alla casistica) dall'utilizzo di sorte di "esperimenti processuali" dai quali si ricava statisticamente (da un campione di popolazione appositamente selezionato nel rispetto delle regole di costruzione dei disegni sperimentali) che la supposta massima dell'*id plerumque accidit* in realtà non regge al confronto di una concreta indagine sperimentale (l'esempio che riporteremo è quello della presunzione - riferita all'agente - che il colpire una data parte del corpo implichi una effettiva intenzione omicida in quanto comunemente ritenuta "organo vitale").

4. Casistica.

In questa sezione sono trattati alcuni "casi peritali" all'interno dei quali, al di là della etichetta usata dall'incaricante e della formulazione del quesito di consulenza, ci si è già trovati ad effettuare, di fatto, delle consulenze di tipo psicologico sull'elemento soggettivo del reato. Come si vedrà, i casi differiscono radicalmente sia per la tipologia di reati in relazione ai quali è stata chiesta la consulenza sia per le modalità metodologiche e strumentali con le quali si provato a dare risposta alle richieste di approfondimento tecnico.

4.1 In primo luogo è possibile citare un paio di casi peritali in cui in concreto è stata realizzata una consulenza sull'elemento soggettivo attraverso lo strumento *autobiographical-IAT* - "aIAT" - messo a punto da uno degli scriventi, recentemente sottoposto al vaglio della comunità scientifica internazionale²⁸.

Lo strumento si basa su una modificazione innovativa dell'*Implicit Association Test* (IAT) di Greenwald, McGhee e Schwartz²⁹, metodo che ha avuto larga diffusione ed applicazione, dalla psicologia sociale alla psichiatria. Lo IAT sfrutta la latenza delle risposte per stabilire la forza dell'associazione tra concetti. Tale tecnica si basa su un fenomeno molto forte relativo all'organizzazione del sistema nervoso, ovvero l'effetto compatibilità. Un esempio si ha con il noto test di Stroop: l'interferenza tra

²⁸ SARTORI G., AGOSTA S., ZOGMAISTER C., FERRARA S.D. e CASTIELLO U., *How to Accurately Detect Autobiographical Events*, in *Psychological Science*, 19, 2008, pp. 772-780; AGOSTA S., SARTORI G., *The autobiographical IAT: a review*, in *Frontiers in Psychology*, August 2013, vol. 4, 2013, p. 1-12.

²⁹ GREENWALD A. G., MCGHEE D.E e SCHWARTZ J.K.L., *Measuring Individual Differences in Implicit Cognition: The Implicit Association Test*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 74, 1998, pp. 1464-1680.

l'informazione percettiva e quella semantica dello stimolo fa sì che, quando si chiede a un soggetto di dire il colore in cui è scritta una parola che indica un colore (parola "verde"; parola "rosso", etc.), la reazione sarà molto più rapida quando colore e significato corrispondono (per esempio, la parola "verde" scritta in verde) rispetto a quando differiscono (per esempio parola "verde" scritta in rosso). In questo secondo caso il soggetto si trova di fronte ad uno stimolo ambiguo che costringe ad un supplemento di elaborazione cognitiva per dare la risposta corretta.

L'effetto compatibilità impiegato dallo IAT si fonda su questo fenomeno: quando due concetti sono associati fra loro nella mente del soggetto e condividono la medesima risposta motoria (ad esempio, viene usato lo stesso tasto per rispondere), i tempi di reazione saranno molto rapidi; al contrario, se due concetti non associati condividono la medesima risposta motoria, i tempi di reazione diventeranno molto lenti. Per fare un esempio, nello IAT usato per evidenziare lo stereotipo razziale presente anche nei soggetti che dicono di non subirlo, il soggetto deve classificare (attraverso la risposta mediante la tastiera di un computer) oggetti "buoni" (margherita) e "cattivi" (vipera), volti di uomini bianchi (John Kennedy) e volti di uomini di colore (Martin Luther King). In una condizione sperimentale, deve rispondere con la stessa mano a stimoli appartenenti alla categoria "buono" e volti di uomini bianchi; nell'altra, alla categoria "buono" e volti di uomini di colore. Una velocità di risposta significativamente maggiore nella condizione in cui si è chiamati a rispondere "buono" e volti di uomini bianchi rispetto a "buono" e volti di uomini di colore indica che, per il soggetto esaminato, "buono" è associato a bianco e "cattivo" a uomo di colore, segno dell'esistenza di un implicito stereotipo razziale.

Nell'*Autobiographical-IAT* - "aIAT" - invece di indagare il livello di associazione fra concetti (memoria semantica), si valuta la presenza di una traccia della memoria autobiografica (episodica), rendendo lo strumento idoneo ad applicazioni investigative e forensi (in questo senso, forse, la primissima denominazione di *Forensic-IAT* negli iniziali lavori ad esso dedicati poteva sembrare più corretta, in quanto si tratta di una applicazione prettamente "forense" del già ben conosciuto strumento IAT).

L'aspetto interessante risiede nel fatto che lo strumento aIAT può essere tarato con estrema semplicità alla rilevazione dei presenti - e passati - *stati soggettivi*. Ci riferiamo a quello che in letteratura è stato chiamato, appunto, "aIAT sulle intenzioni". In altri termini, la medesima tecnica di IAT può essere applicata non solo nel sondare la presenza di un ricordo (es.: *ero a casa la sera di martedì* versus *ero al cinema la sera di martedì*) ma ancor meglio nello scandagliare la disposizione soggettiva in relazione ad un determinato episodio (es.: *sapevo che le banconote erano false* versus *sapevo che le banconote erano vere; sapevo che l'auto era rubata* versus *sapevo che l'auto era acquistata*; etc.³⁰). La stessa logica di associazione semantica dello strumento lo rende assai più affidabile nella rilevazione di passate soggettive rappresentazioni mentali, che non nella rilevazione di episodi storici di esperienza. In un certo senso lo aIAT sulle *disposizioni soggettive* è più vicino all'originario IAT che non lo aIAT sui ricordi autobiografici

Lo strumento aIAT ha già incominciato ad avere una certa applicazione nelle Corti italiane. I casi italiani di una certa notorietà per i quali è stato fatto utilizzo

³⁰ Per ragioni che sarebbe troppo lungo sviluppare in questa sede, le frasi in contrapposizione devono avere la stessa struttura sintattica (negli esempi, tutte in forma positiva).

processuale della tecnica dello aIAT sono: i casi della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 2009³¹ e quello del GUP di Como del 2011³² in relazione alle dichiarazioni di soggetto sottoposto a perizia sulla imputabilità; il caso del Tribunale di Cremona del 19 luglio del 2011 in relazione alla verifica delle dichiarazioni della persona offesa; la Cassazione 26 marzo 2013 con la quale la suprema Corte ha annullato la Sentenza (dichiarazione di inammissibilità dell'istanza di revisione) della Corte di Appello di Catanzaro del 9 gennaio 2012 durante la quale lo aIAT era stato utilizzato per valutare la veridicità delle dichiarazioni di una teste terza rispetto al fatto criminoso. In particolare in questa ultima sentenza, allo aIAT è stata attribuita perlomeno una patente di "non palese infondatezza", nel senso che la Corte di Cassazione ha specificatamente criticato la sentenza appellata proprio per avere superficialmente escluso – senza il dovuto approfondimento – il tasso di scientificità delle tecniche in questione. Da segnalare, invece, nel senso del mancato accoglimento delle tecnologie neuro-scientifiche tra cui anche *lato sensu* lo aIAT³³, la Sentenza del Tribunale Ordinario di Torino n. 2029/11 del 26 settembre 2011 (quest'ultima relativa al tristemente celebre "Delitto di Cogne")^{34 35}.

In sintesi, lo IAT consiste in una procedura empirica che, sulla base dell'analisi dei tempi di reazione, arriva a verificare – con un alto livello di accuratezza (92%) – l'esistenza di una determinata informazione (implicita-inconscia, da cui il nome) nel soggetto esaminato. Informazione, che può essere di carattere "mnestico" (quando viene utilizzato per sondare l'esistenza di una traccia mnestica) o di carattere "disposizionale" (quando, come nel nostro caso, lo strumento è utilizzato per sondare *atteggiamenti e disposizioni soggettive*).

³¹ In *Riv. Pen.*, 2010, p. 70 ss. con nota di A. Forza.

³² In *Guida al diritto on line* 30 agosto 2011.

³³ Rilievi critici sulla applicazione della metodica in ambito forense sono stata mossi da MERZAGORA BETSOS I., VERDE A., BARBIERI C., BOIARDI A., *Come mente la mente. Un nuovo strumento per valutare la memoria*, in *Cass. pen.*, 2014, 1896 ss. A nostro avviso, tuttavia, gli argomenti avanzati in tale lavoro non sono condivisibili su due punti essenziali: a) sono riferiti ad un errato inquadramento della metodica che, contrariamente a quanto affermato nel lavoro, non pretende di sostituirsi ma va ad integrare metodiche valutative di altra natura; b) pare essere messo in dubbio che la metodica abbia trovato conferma indipendente in numerosi e diversi laboratori in varie parti del mondo. In ogni caso, per ciò che rileva in questa sede, si sottolinea come diversi degli aspetti critici mossi in tale contesto all'applicazione forense dello aIAT sarebbero da ripensare nel caso dell'applicazione in relazione all'elemento soggettivo del reato di cui si discute nel presente contributo.

³⁴ Si tenga presente, tuttavia, che nel citato caso le risultanze dello strumento aIAT erano state rifiutate non in punto di accettabilità scientifica generale, quanto su quello del momento di applicazione: «...In realtà i consulenti non hanno effettuato il test nel 2004, cioè al momento della presentazione della denuncia, e non possono, quindi, sapere se la situazione registrata nel 2009 fosse presente anche nel 2004, essendo astrattamente possibile che il meccanismo di rimozione del "ricordo colpevole" e la sua sostituzione con un "ricordo innocente" sia intervenuta successivamente» (v., Tribunale di Torino 2029/2011). Avendo in oggetto in quel caso la rilevazione di materiale mnestico rimosso (e non, come in altri casi, l'accertamento di un ricordo e/o di un atteggiamento espressamente dichiarato) si era eccepito da parte dei giudici che il meccanismo di rimozione avrebbe potuto avere luogo in un momento anteriore al processo (e confermando così le risultanze dello strumento), ma successivo al fatto (lasciando così impregiudicata la sussistenza del dolo in relazione al reato di calunnia).

³⁵ A tali casi più noti si aggiungono: Sentenza Tribunale di Treviso n. 28/2010 del 29 marzo 2010; Sentenza Tribunale di Tolmezzo n. 185/10 del 20.09.2010; Sentenza Tribunale di Napoli n. 1539/12 del 27 marzo 2012.

Ebbene, tale strumento è stato dagli scriventi utilizzato in un paio di casi su una dimensione che si può ben ricondurre all'elemento soggettivo del reato. Un primo caso riguarda un reato di tipo fiscale, un secondo caso riguarda invece una imputazione per associazione a delinquere di stampo mafioso.

Nell'ipotesi fiscale era rilevante la valutazione della *consapevolezza soggettiva* dell'imputato di emettere fatture - corrispettive a forniture - ad una società terza rispetto a quella solita del fornitore e svolgente, ad avviso dell'ipotesi accusatoria, la funzione di cosiddetta "cartiera". Sul punto, e in contrasto, la tesi dell'imputato era che - nonostante l'oggettiva convenienza dell'affare concluso - egli si trovasse nella piena buona fede di pagare una regolare fattura corrispettiva di merce regolarmente ricevuta, mentre quella dell'accusa era che l'imputato fosse stato consapevole della partecipazione (tanto che l'imputazione era per *concorso*) ad una operazione concepita all'esclusivo fine di evadere il fisco.

In questo caso dunque (nonostante che il quesito dell'avvocato fosse stato formulato come test sulla memoria³⁶) lo strumento è stato utilizzato per valutare "due passati atteggiamenti soggettivi" in alternativa fra loro: quello sostenuto dall'accusa (della consapevolezza, appunto, della partecipazione all'operazione fraudolenta) e quello della difesa (della piena convinzione, invece, di una totale estraneità *soggettiva* al disegno criminoso). In questo caso peritale, per esempio, alcune tra le diverse proposizioni sottoposte all'esame dei tempi reazione dello aIAT erano: «In nessun caso avevo pensato a strategie vantaggiose» *versus* «Ero a conoscenza della strategia del sottocosto», oppure «Consideravo il prezzo delle pelli in linea con il mercato» *versus* «Consideravo il prezzo delle pelli inferiore a quello di mercato».

Nel secondo caso peritale, come accennato, l'imputazione, era per associazione a delinquere di stampo mafioso e la questione relativa all'elemento soggettivo ruotava intorno alla diversa *qualità* della partecipazione soggettiva, nel senso che ad avviso della difesa il soggetto aveva sì aderito ad attività illecite dei "soggetti principali", ma limitandosi esclusivamente ad alcune (ossia quelle di evasione fiscale, mai negate dall'imputato, anzi ammesse essere il motivo del contatto tra il medesimo la compagine criminale); mentre ad avviso dell'accusa l'imputato non si era limitato ad usufruire dei "servizi" di evasione forniti dalla banda criminale ma aveva attivamente partecipato alle attività di quest'ultima che non si riducevano ad organizzare strategie di evasione fiscale ma si estendevano anche alla estorsione, all'usura e alla minaccia, messe in atto con metodi ritenuti di carattere "mafioso".

Da notarsi che in questo secondo caso l'avvocato, molto lucidamente, pone ai consulenti un quesito già impostato in termini di valutazione di "atteggiamento soggettivo" senza restare ancorato a valutazioni - più ambigue - sulla memoria dell'imputato: «Dicano i consulenti se esistono tecniche cognitive in grado di fornire indizi in merito agli "atteggiamenti soggettivi"; dicano se tali tecniche abbiamo già avuto applicazioni giudiziarie; in caso affermativo procedano all'applicazione di tali tecniche in relazione agli "atteggiamenti soggettivi" dell'imputato X rilevanti in relazione ai fatti di causa". Un quesito, dunque, inequivocabilmente rivolto ad ottenere elementi utili ai fini di una migliore valutazione dell'elemento soggettivo del reato.

³⁶ I quesito era così formulato: "Dica il CTP esaminati e valutati gli elementi di causa, e condotti i più opportuni accertamenti, quale sia la traccia mnestica della vicenda rilevabile nell'imputato".

Dal punto di vista tecnico, nell'applicazione dello strumento aIAT, si sono dovute mettere in contrapposizione delle proposizioni che sintetizzavano le premesse logiche dell'accusa - ossia la consapevolezza della partecipazione ad una associazione criminale - con quelle invece della difesa che ritenevano la partecipazione psicologica limitata alla condivisione di operazioni di evasione fiscale. E dunque si sono contrapposte frasi sintetizzanti la versione della difesa come, per esempio, «Ignoravo le loro attività mafiose» o «Ero all'oscuro di uso di armi» *versus* frasi sintetizzanti la versione dell'accusa come «Sapevo delle loro attività mafiose» o «Ero consapevole dei loro modi violenti».

4.2 Un secondo "caso peritale" che possiamo proporre ai fini della nostra discussione si riferisce ad un procedimento per sinistro stradale.

La fattispecie risulta a nostro avviso molto interessante in quanto coinvolge diverse problematiche.

In primo luogo la consulenza in oggetto riguardava un aspetto estremamente sfuggente della costruzione della responsabilità soggettiva nei reati colposi. Non ci compete riprendere la travagliatissima costruzione dogmatica della responsabilità colposa, ma basti dire che le indagini di cui riferiremo si possono inserire in quello che il Mantovani ha descritto come "terzo elemento", di carattere prettamente soggettivo, dell'impianto qualificante la responsabilità colposa, quello cioè riferentesi alla "concreta attribuibilità" dell'inosservanza all'agente: «Tre sono pertanto gli elementi costitutivi e qualificanti della colpa: 1) l'elemento *negativo* della *manca* della *volontà del fatto materiale tipico*; 2) l'elemento *oggettivo* della *inosservanza delle regole di condotta*, dirette a prevenire danni a beni giuridici; 3) l'elemento *soggettivo* della *attribuibilità* di tale inosservanza all'agente, dovendo avere egli la capacità di adeguarsi a tali regole e potendosi, pertanto esigersi da lui l'osservanza.»³⁷. Ebbene in tal senso si criticava più sopra la totale *de-psicologizzazione* della categoria della colpa: la colpa infatti, sebbene per definizione "non-volontaristica", non per questo può definirsi "non psicologica", nel senso che può essere ben oggetto di approfondimento psicologico la *attribuibilità della inosservanza* delle regole di condotta, per usare le parole del Mantovani. Ossia, non tutte le "inosservanze involontarie" delle regole di condotta possono essere messe sullo stesso piano, al momento dell'approfondimento psicologico.

Nel caso in oggetto si trattava di un omicidio colposo da incidente stradale nel quale l'elemento dirimente la costruzione della colpa era costituito dal tempo di reazione necessario (*l'attribuibilità dell'inosservanza*, appunto) per evitare l'ostacolo. Ossia, nella misura in cui il tempo di reazione calcolato dal perito del traffico lasciava - *referendosi ad un media astratta* - un tempo di reazione sufficiente per evitare lo scontro, ecco che *la condotta che ci sarebbe dovuto aspettare dal conducente era quella di reagire in tempo*. Tuttavia, e da qui l'incarico ai consulenti psicologi, il tempo di reazione era stato calcolato su di un parametro totalmente astratto sia da un punto di vista oggettivo (condizioni di illuminazione, imprevedibilità dello stimolo, turbativa alla periferia del campo visivo) che da un punto di vista *soggettivo*, ossia in base alle concrete capacità attentive di reazione del soggetto imputato.

Ebbene la consulenza in oggetto era finalizzata per l'appunto a falsificare lo *iato* esistente tra *esigibilità astratta* ed *esigibilità concreta* della condotta rispettosa del bene

³⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale, op. cit.*, p. 345.

giuridico violato, e cioè la distanza tra il tempo di reazione *che in astratto ci si può aspettare da ogni conducente medio in condizioni medie* e il tempo di reazione *che ci si doveva aspettare da quel conducente specifico in quelle condizioni specifiche*.

Dal punto di vista metodologico la suddetta consulenza può essere considerata un ibrido, nel senso che ha visto sia l'introduzione di elementi tecnico-scientifico riconducibili alla forma del *parere pro veritate*, sia l'effettuazione di vere e proprie valutazioni psichiche sullo stato di efficienza cognitiva dell'imputato. Tra i primi si sono concentrati tutti quegli argomenti di carattere scientifico in grado di mostrare il ruolo delle variabili ambientali (come detto, livello di illuminazione, perifericità della comparsa dello stimolo³⁸, prevedibilità dello stimolo³⁹, etc...) in grado di modificare a livello esogeno il calcolo del tempo di reazione, tra i secondi si sono utilizzate le più moderne neuroscienze (nello specifico l'utilizzo dei Potenziali cerebrali Evento Correlati - ERP's) per valutare *in concreto* le capacità di reazione attentiva dell'imputato (che per inciso aveva subito in passato un trauma cranico, e dunque soggetto meno efficiente nelle facoltà attentive). Insomma, nel caso in oggetto la presenza della colpevolezza era fondata sulla presenza di un "tempo di reazione esigibile" (ossia: sei colpevole perché *avresti dovuto reagire allo stimolo nel tempo che avevi per reagire*) e la consulenza si è focalizzata nel mostrare la distanza di calcolo tra un "tempo di reazione oggettivo" (cioè calcolato in astratto in base a tutta una serie di presunzioni) ed un "tempo di reazione soggettivo" calato nella specifica situazione (e cioè calcolato tenendo presente le specifiche condizioni ambientali - variabili esogene - e le specifiche condizioni psichiche dell'imputato - condizioni endogene).

Ecco dunque che se la colpa riguarda la *condotta che ci si deve attendere* dal cittadino rispettoso dei beni giuridici altrui, vi possono essere delle consulenze atte a mostrare che, in concreto, quello *specifico cittadino in quelle specifiche condizioni ambientali* non avrebbe potuto in ogni caso mettere in atto la condotta doverosa che da lui ci si attende.

4.3 Un terzo caso peritale particolarmente interessante riguarda una fattispecie tipica, si potrebbe dire paradigmatica, della valutazione del dolo. Si tratta del caso in cui, in una fattispecie di omicidio determinato da arma da taglio, la volontà omicidiaria (ossia la presenza del dolo nel reato di omicidio) viene ricavata, come espressamente previsto da storica giurisprudenza (v., per esempio, la già citata Cass. Sez. I, 23.11.1994), ripresa in molti commentari, "dalla parte del corpo colpita o presa di mira". Cioè la valutazione di una dimensione intrapsichica (la volontà di uccidere) viene decifrata, inferita indirettamente, dalla parte del corpo che un soggetto ha

³⁸ I tempi di reazione - TR - sono strettamente connessi alla struttura del sistema visivo. Stimoli che vengono proiettati nella parte centrale del campo visivo vengono elaborati più rapidamente rispetto a stimoli che vengono proiettati alla periferia. Questo è uno dei dati più assodati e robusti in psicofisica, ed è stato uno dei primi ad essere studiato. Già Posner nel 1980 aveva dimostrato che i TR dipendono dalla congruenza spaziale dello stimolo con il punto di fissazione. Stimoli che compaiono al di fuori del punto di fissazione richiedono uno *spostamento attentivo* che ha come conseguenza un sensibile allungamento dei TR.

³⁹ La probabilità di comparsa dello stimolo è un fattore che influenza notevolmente i TR di un individuo. Più semplicemente gli individui hanno reazioni più rapide a stimoli prevedibili che con stimoli poco prevedibili. Ad esempio, lo stesso individuo, se chiamato a frenare per evitare di investire un pedone, avrà tempi di reazione più veloci nel caso in cui stia guidando nel centro di una grande città rispetto al caso in cui egli stia guidando in una strada di campagna deserta.

colpito. Una *massima di comune esperienza*, dunque, che ci dice che normalmente, il *sogetto medio* sa che determinate zone del corpo sono più delicate e che l'aggressione di queste ultime più probabilmente è in grado di determinare esiti gravi o letali.

Ebbene, nella consulenza che riprendiamo in quest'ultimo "caso peritale", ciò che si è messo alla prova – in modo sperimentale, come vedremo – è proprio la reale fondatezza della *massima di comune esperienza* che si sarebbe dovuta utilizzare nella fattispecie.

La metodologia adottata ricalca rigorosamente quella della conduzione degli esperimenti di psicologia: nel caso specifico, la variabile psicologica che si voleva indagare era la conoscenza *media*, nella popolazione, della importanza organica delle diverse zone del corpo. A tale scopo è stato costruito un apposito questionario in cui si chiedeva ai partecipanti⁴⁰ di visionare 4 diverse figure rappresentanti il corpo umano ognuna con un punto ed una lettera indicanti la sede di una ferita da coltello (denominate ferite A, B, C e D) e di valutare per ciascuno dei punti di entrata della lama la probabilità che la ferita potesse condurre alla morte del soggetto colpito, considerando che il soggetto avrebbe ricevuto quell'unico colpo. Essi potevano rispondere scegliendo una tra 6 diverse opzioni che indicavano una probabilità di morte del soggetto a causa della ferita da 0% a 100%⁴¹.

Al di là degli specifici risultati processuali (dai quali è emerso sostanzialmente che solo una esigua percentuale di soggetti [6%] aveva considerato la zona di ferimento del caso concreto come caratterizzata da elevata letalità) la consulenza si è (inconsapevolmente) inoltrata proprio nella valutazione dell'elemento soggettivo del reato. In questo caso la metodologia utilizzata è sì è sganciata – a differenza dai casi precedentemente presentati – da ogni valutazione diretta sul soggetto imputato ma si è focalizzata sulla messa alla prova, empirica, di una delle "massime di comune esperienza" utilizzate dal giudice come categoria inferenziale delle disposizioni soggettive dell'imputato. Si è cioè sottoposto a vaglio critico di tipo tecnico il principio presuntivo che lega la modalità concreta della condotta alla ipotetica disposizione soggettiva. La presunzione psicologica "*se ha colpito quella parte del corpo è perché voleva uccidere*" viene così testata su di un campione di popolazione. Da notarsi che questa ultima consulenza sull'elemento soggettivo si presenta nella forma pura del *parere pro veritate* in quanto, come detto, non svolge alcuna indagine tecnico/scientifica su elementi fattuali presenti al processo quanto piuttosto si limita ad introdurre una conoscenza psicologica teoricamente di "migliore qualità" (in quanto provvista di proprio approfondimento *ad hoc*) di quella generale-presuntiva applicabile dal giudice.

5. Conclusioni.

Riassumiamo in conclusione le tracce della nostra riflessione. Nella meditazione teorica della psicopatologia forense (in particolare, si diceva, in quel settore particolarmente moderno che sono le neuroscienze forensi o *neurodiritto*) nonché nella prassi di alcune consulenze, si è venuto a creare il problema della valutazione *tecnica*

⁴⁰ Grazie anche alle possibilità di costruire Questionari *on-line* sulle piattaforme operative dell'Università di Padova si è potuto creare un campione estremamente esteso di 585 partecipanti.

⁴¹ I range di valutazione percentuale erano: 0%, 10%-20%, 30%-40%, 50%-60%, 70%-80%, 90%-100%.

della partecipazione soggettiva al fatto penale, quella che in termini giuridici possiamo chiamare la *valutazione dell'elemento soggettivo del reato*. Come detto il problema è stato superato in senso positivo (cioè nel senso della fattibilità) da parte degli esperti delle scienze del comportamento. Tuttavia tale superamento a nostro avviso è avvenuto in modo sostanzialmente inconsapevole (anche se, ovviamente, in totale buona fede) da parte di costoro. In questa sede si cerca dunque una risposta dialettica da parte degli operatori del diritto circa la legittimità giuridica (da noi, come visto, *artigianalmente* abbozzata in chiave positiva) di siffatte consulenze. Consulenze che ovviamente non si porrebbero mai lo scopo di una sostituzione della libera decisione del giudice su di un aspetto così importante (anche dal punto di vista del significato sociale) del giudizio del fatto criminale, quanto piuttosto di un completamento con *elementi empirici* di una valutazione altrimenti fondata su un sostanziale, anche se spesso di ottima qualità, *sensu comune* della psicologia.