

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE**



in

DIRITTO PENALE

IL VIZIO DI MENTE NEL SISTEMA DELL'IMPUTABILITÀ

Relatore:

Chiar.mo Prof. M. Trapani

Laureanda:

Anita Lojacono

Anno Accademico 2014 – 2015

Introduzione

Il presente elaborato costituisce una ricostruzione del ruolo del vizio di mente all'interno del sistema penale, e più specificatamente dell'imputabilità.

Innanzitutto si cerca di inquadrare sistematicamente tale figura in una prospettiva codicistica, partendo dall'enunciato di cui all'art. 85 c.p., che apre in generale il Titolo IV ("Del reo e della persona offesa dal reato"), e più in particolare il Capo I, dedicato alla disciplina dell'imputabilità.

L'art. 85 collega innanzitutto la punibilità all'imputabilità, per poi passare ad identificare quest'ultima come la "capacità di intendere e di volere". Quindi, è punibile chi è imputabile, ed è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere.

Ci sono infatti alcune situazioni, prontamente delineate dal codice, che portano ad escludere l'imputabilità conseguentemente all'incapacità di intendere e di volere del soggetto (o comunque ad una diminuzione della stessa), che viene determinata in concreto (ad es. in caso di vizio di mente), o presupposta sulla base di una presunzione (ad es. per i minori di 14 anni).

Il legislatore prende però in considerazione anche quelle situazioni in cui nonostante effettivamente il soggetto sia incapace di intendere e di volere, per una questione di politica criminale risulta comunque opportuno dover prevedere la sua punibilità (ad. es. in caso di ubriachezza volontaria, preordinata o colposa).

Il vizio di mente all'interno di questa impalcatura si colloca come causa di esclusione dell'imputabilità laddove provochi una completa annullazione della capacità di intendere e di volere (c.d. vizio totale di mente), o come causa di diminuzione della punibilità laddove la capacità di intendere e volere non sia esclusa ma grandemente scemata (c.d. vizio parziale di mente).

Nella parte finale del primo capitolo vengono poi presi in considerazione anche i c.d. "stati emotivi e passionali" che seguendo il dettato dell'art. 90 c.p. dovrebbero essere irrilevanti in un'ottica di esclusione dell'imputabilità, ma che in realtà talvolta possono arrivare ad integrare un vero e proprio vizio di mente.

Se si vuole inquadrare la disciplina del vizio di mente da un punto di vista più strettamente procedurale, c'è da considerare che laddove venga presentata di fronte al giudice una persona affetta da un vizio di mente tale da aver verosimilmente potuto incidere sulla capacità di intendere e di volere al momento della commissione del reato, viene disposta una perizia psichiatrica. Questo tipo di accertamento ovviamente attiene ad una branca del sapere diversa da quella del diritto, e questa interferenza ha provocato non pochi dibattiti.

Cercare di far entrare la scienza del processo penale vuol dire inevitabilmente mettere in discussione l'imponente figura del giudice come "*peritus peritorum*", in quanto non essendo dotato di specifiche conoscenze scientifiche risulta essere sostanzialmente impotente rispetto ad un sindacato di merito sulle statuizioni di un perito.

È così che il ruolo del giudice viene relegato ad una sorta di "custode del metodo" (c.d. *gatekeeper*): il suo unico compito è quello di controllare la correttezza del procedimento peritale da un punto di

vista formale, alla stregua di alcuni principi stabiliti giurisprudenzialmente, in base ai quali si può giungere ad una conclusione circa la coerenza e la regolarità della metodologia di accertamento.

A parte i dubbi che aleggiano riguardo ai ruoli che devono assumere perito e giudice, uno dei punti più critici della sovrapposizione fra ambito psichiatrico e forense, è proprio la perizia in sé per sé considerata. Infatti, andandosi a confrontare con un mondo diverso dal suo, risulta essere un accertamento particolarmente problematico ed aleatorio, specie se si considera che, soprattutto in passato, essendo la stessa nozione di “infermità mentale” caratterizzata da confini particolarmente incerti, è mancata proprio la base per dare un’uniformità alle pronunce peritali riferite al vizio di mente. Spesso, infatti, le conclusioni degli accertamenti sono dipese dalla corrente di pensiero sposata dal perito sulla nozione di vizio di mente.

Si contrappongono infatti varie visioni di matrice differente, capeggiate agli estremi opposti dal c.d. *paradigma medico* (che segue un’interpretazione restrittiva dell’infermità mentale e riconosce come tale solamente i disturbi aventi un substrato patologico ed organico) e dal c.d. *paradigma psicologico* (che segue al contrario un’interpretazione estensiva dell’infermità mentale, e riconosce rilevanza anche a quei disturbi meramente psicologici o transitori che abbiano comunque limitato la capacità di intendere e di volere).

La sentenza Raso ha cercato di ovviare in qualche modo a questa confusione, mettendo ordine tra le varie posizioni che si sono nel tempo susseguite o affiancate e che hanno portato a decisioni giurisprudenziali discordi e di conseguenza diseguali.

Le Sezioni Unite hanno il compito di dirimere i contrasti insorgenti tra le decisioni delle singole sezioni, ed è per questo che la sentenza Raso assume una notevole importanza: si occupa di stabilire in via definitiva cosa debba intendersi per infermità mentale e, nello

specifico, di riconoscere il ruolo da attribuire ai disturbi della personalità.

Nel terzo capitolo viene seguito, in linea di massima, il ragionamento della Corte. Si parte dalla descrizione del caso concreto, quindi della dinamica dell'omicidio e della situazione psicologica dell'imputato.

Si passa poi alla ricostruzione dei vari paradigmi che si sono contrapposti in merito alla nozione di infermità mentale, quindi principalmente quello *medico-nosografico*, quello *psicologico* e quello *sociale*.

Una volta individuati i confini dell'infermità mentale, si cerca di capire se i disturbi della personalità possano rientrare nella nuova nozione. La risposta è affermativa, ma la Corte impone che questi siano di “consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere”.

In questo modo viene data rilevanza non più tanto al vizio di mente in sé per sé, ma all'influenza che esso esercita sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, che è il presupposto sul quale si basa tale capacità.

Non si può a questo punto trascurare il ruolo che negli ultimi anni hanno assunto le neuroscienze, che si pongono come un valido strumento di ausilio in ambito forense sotto più punti di vista.

Alcuni neuroscienziati, attraverso uno studio condotto su particolari aree cerebrali, sono arrivati a concludere che possa essere riconoscibile una relazione tra il comportamento di un soggetto, e la morfologia cerebrale o la genetica molecolare dello stesso.

Per quanto riguarda la struttura del cervello, ci sono precise zone che sono preposte a controllare gli impulsi aggressivi e irrazionali del soggetto. Ci si riferisce specialmente al lobo frontale, la cui lesione o alterazione provoca evidenti sbalzi emotivi, cognitivi e motori, facendo sprofondare le convenzioni sociali per lasciar spazio ad un atteggiamento spiccatamente antisociale.

Anche per quanto riguarda la struttura genetica, ci sono assetti che possono portare ad una predisposizione comportamentale orientata all'impulsività ed all'aggressività.

Questi disturbi non sono individuabili mediante i tradizionali metodi psicologici o psichiatrici, ma necessitano piuttosto di strumenti e test di nuova elaborazione, come le c.d. tecniche di *neuroimaging*, che proprio a causa della loro innovatività hanno aperto vivaci dibattiti in dottrina relativamente alla possibilità di farle entrare all'interno del processo penale, ponendosi come prove di dubbia affidabilità (non è più diffusa la concezione del positivismo scientifico secondo il quale la scienza sarebbe un sapere dotato di caratteri di infallibilità).

In realtà, molti autori, ma anche svariate pronunce giurisprudenziali, hanno evidenziato che qualora le tecniche neuroscientifiche venissero sposate dalla comunità scientifica e giuridica, la prova di un condizionamento della capacità di intendere e di volere potrebbe essere addirittura più attendibile rispetto ai tradizionali metodi psichiatrici, che comunque non andrebbero abbandonati, ma avrebbero una base di supporto caratterizzata da scientifici ed oggettivi.

Proprio la scoperta di questo tipo di deformazione cerebrale o genetica che può condizionare il comportamento umano, apre altri fronti di discussione inerenti al libero arbitrio.

Si sa che questo, cioè la libertà di scegliere liberamente il proprio agire, costituisce il presupposto della responsabilità penale. Dire che un soggetto è condizionato nel proprio agire da caratteristiche morfologiche o genetiche innate, vuol dire effettuare un ripensamento del libero arbitrio quale fondamento della responsabilità? Ovviamente il problema si pone.

Nel quarto capitolo vengono esaminati tutti questi aspetti, corredati da un quadro giurisprudenziale che permette di evidenziare come dal 2009 in poi si sia fatto uso del sapere e delle tecniche neuroscientifiche, con notevole successo.

Per concludere, nell'ultimo capitolo, viene esposto come il trattamento di coloro che sono affetti da vizio di mente è sempre stato un punto di difficile attuazione. Non si è mai riuscito a trovare un'adeguata soluzione all'eterna dialettica esistente tra esigenze di prevenzione sociale ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, specie quello alla salute sancito ex art. 32 Cost.

Non si può dire che questa criticità sia stata risolta attraverso il lungo processo di riforma inerente al superamento degli OPG, che, seppur segnando una notevole svolta, non può dirsi definitivo. Infatti, di fronte alla soluzione prospettata, ci si trova in una sorta di purgatorio tra OPG che non chiudono e REMS che non aprono.

C'è da dire che, pur ammettendo che il progetto REMS riuscisse a trovare perfetta attuazione, residuerebbe comunque il problema di trattamento di quei soggetti affetti da vizio di mente che, per un motivo o per l'altro, finiscono in carcere.

Un istituto penitenziario, con tutti i suoi limiti, non può essere infatti considerato un luogo adatto all'espiazione di una pena detentiva di un soggetto malato di mente.

Quindi, nonostante l'esistenza del problema relativo alle misure di sicurezza riservate ai soggetti colpiti da infermità mentale, che ha generalmente suscitato maggiore clamore, spesso viene dimenticato un aspetto egualmente preoccupante: la stigmatizzazione dell'individuo che pur avendo una patologia psichiatrica si ritrova a dover vivere in un contesto del tutto lontano da quello di cui ha bisogno per poter guarire.

Capitolo I

L'IMPUTABILITÀ NEL SISTEMA PENALE

SOMMARIO:

1. Introduzione; 2. Le valvole di sicurezza dell'art. 85: gli artt. 86 e 87 c.p.; 3. Le cause di esclusione dell'imputabilità; 4. La minore età; 4.1. Minore età e vizio di mente; 5. Il sordomutismo; 6. Uso di sostanze alcoliche o stupefacenti; 7. Il vizio di mente; 8. Gli stati emotivi e passionali.

1. Introduzione

All'imputabilità è dedicato il Capo I del Titolo IV del codice penale (*"del reo e della persona offesa dal reato"*).

Nella trattazione dell'imputabilità¹, assume un'importanza sistematica l'art. 85 c.p., il quale recita: *"1. Nessuno può essere punito per un*

¹ Cfr. A. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Milano, Giuffrè, 2003; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale (parte generale)*, Zanichelli, Bologna, 2014; G. CERQUETTI, *L'imputabilità nella sistematica del diritto penale*, Perugia (Università degli studi di Perugia – Giurisprudenza), 1979; F. CRESPI, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 740; G. FIANDACA, *L'imputabilità nell'interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Legis. Pen.*, 2006; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, Giappichelli, 1997; G. MARINI, *Imputabilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, UTET, VI, 1992, 243; G. MARINI, voce *Imputabilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, 1989; PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964; D. PULITANÒ, *L'imputabilità come problema giuridico*, in AA. VV., *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988, 130; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990; MANTOVANI, *L'imputabilità sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense*, F. Ferracuti (a cura di), vol. 13, Giuffrè, Milano, 1990; CADOPPI – CANESTRARI – MANNA – PAPA,

fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. 2. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”.

Nel precedente codice penale, l'imputabilità non veniva delineata palesemente (come nemmeno il dolo, la colpa, o altri titoli di imputazione del fatto di reato). Il legislatore del 1889 infatti, nell'art. 46, si limitava a esigere ai fini della punibilità, che il soggetto al momento del fatto non versasse *“in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti”*.²

A prescindere dalle diverse interpretazioni dottrinali esistenti intorno al suo rapporto con la colpevolezza, l'imputabilità risulta essere una condizione essenziale per la punibilità dell'autore del reato. Quindi, non sarà punibile colui che al momento del fatto non era capace di intendere e di volere, e questo assetto risulta coerente con la finalità della pena costituzionalmente sancita all'art. 27.

Trattato di diritto penale (parte generale) / II – Il reato, UTET, Torino, pp. 513 ss; CARINGELLA – DELLA VALLE – DE PALMA, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Dike, V edizione, 2015, pp. 815 ss; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale/Parte generale*, ne *I manuali superiori* (diretti da G. Alpa e R. Garofoli), *Nel diritto*, 2012; C. F. GROSSO – M. PELLISSERO – D. PETRINI – P. PISA, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 417 ss; A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, CEDAM, terza edizione, 2015, pp. 347 ss.; MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, in *riv. It.*, 1961, 733, BATTAGLINI-GRIFO, *Imputabilità*, in *Novissimo Digesto Ital.*, v. VIII, 1962, 451; SABATINI, *Biologia e diritto nel concetto di imputabilità*, *Giust. Pen.*, 1965, I, 1; CRESPI, *Imputabilità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, v. XX, 1970, 763 ss.; GULOTTA, *Psicanalisi e responsabilità penale*, Milano, 1973; FILASTRÒ, *Imputabilità e colpevolezza*, Firenze, 1974; MONTALBANO, *Il problema delle persone imputabili e il fondamento dell'imputabilità*, in *il Tommaso Natale*, 1975, 362; BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. It.*, 1981, p. 190; ID., *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità e della sua crisi*, in *Riv. It.*, 1988; MARINI, *Imputabilità*, in *Encicl. Giur. Treccani*, v. XVI, 1989; MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?* In *Riv. It.*, 1994, 1318 ss; TAGLIARINI, *L'imputabilità nel progetto del nuovo codice penale*, in *Indice penale*, 1994, p. 453; CERRETTI – MERZAGORA, *Questioni sulla imputabilità*, Padova, 1994; MANNA, *Imputabilità ed i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997; ROTONDO, *Riflessioni su responsabilità personale e imputabilità nel sistema penale dello stato sociale di diritto*, in *Riv. It.*, 1997, 485; BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Indice penale*, 1998; 367; ID., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. It.*, 2001, 850; FIANDACA, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. It.*, 2002

² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale/Parte generale*, ne *I manuali superiori* (diretti da G. Alpa e R. Garofoli), *Nel diritto*, 2012, p. 812.

La capacità di intendere e di volere³ viene quindi ad assumere un ruolo centrale nel delineare la posizione giuridica dell'autore di un reato. Essa è la sintesi delle condizioni fisico-psichiche di normalità che consentono di attribuire all'autore di un fatto di reato una certa responsabilità penale, rendendolo così meritevole di pena⁴. Essa è oggetto di presunzione, pure se *iuris tantum* (ovvero ammettente prova contraria): è considerata normalmente esistente quando il soggetto agente abbia la maturità fisico-psichica, fissata convenzionalmente al 18° anno di età⁵.

È un'impostazione normativa che ha cercato di trovare un equilibrio fra il principio di colpevolezza e le esigenze di prevenzione generale⁶. La capacità di intendere e la capacità di volere sono due accezioni diverse dello stesso status, e devono sussistere contemporaneamente

³ Vedi un classico della letteratura italiana: M. PORTIGLIATTI BARBOS – G. MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964. Più di recente: L. TRAMONTANO, *Capacità di intendere e di volere del soggetto agente. Percorso ermeneutico tra dato normativo, dottrina e scienza psichiatrica alla luce della sentenza della Cassazione n. 9163/2005*, Halley, 2006. Tale testo per affrontare il concetto di imputabilità parte dall'analisi della sentenza della Cassazione dell'8 marzo 2005 n. 9163/2005, la celebre "sentenza Raso", e si sofferma anche sulla perizia psichiatrica, analizzando come viene nominato/(eventualmente)ricusato il perito. Vedi anche: "Incapaci di volere, capaci di far male" di Daniela Ovidia: <http://ovadia-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it/2009/07/14/incapaci-di-volere-capaci-di-far-male/>

⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2001, p. 287

⁵ Proprio a causa di tale presunzione, sorge l'obbligo di motivazione in punto di imputabilità da parte della difesa solo laddove ci siano elementi specifici potenzialmente atti a vincere la presunzione (Cass. 6 aprile 1993, Olivieri). M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012 : «L'imputabilità è, per l'art. 85. Capacità di intendere e di volere: nettamente distinta dalla possibilità di comportamenti qualificati come dolosi o colposi, nonché dalla coscienza e volontà dell'azione od omissione (...), la capacità di intendere e di volere – formula che invano cerca di impedire il rilievo di ogni funzione psichica emozionale-affettiva (...) – è concepita anzitutto come sintesi delle condizioni fisio-psichiche che consentono l'ascrizione di responsabilità all'autore di un fatto corrispondente ad una previsione legale, e che rendono pertanto tale fatto meritevole di pena. In questa sua funzione, la (piena) capacità di intendere e di volere è assunta in un senso fondamentalmente unitario e segnala la costituzione fisica e spirituale di una persona che, al momento in cui ha commesso il fatto, era maggiore di età, "sana" (di fisico e) di mente e si trovava in una situazione di "normalità"».

⁶ In tal senso M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012.

per poter ritenere una persona imputabile. È perciò necessario distinguere il significato dell'una e dell'altra.

La capacità di intendere è l'attitudine del soggetto a comprendere il mondo esterno secondo metri di "normalità" o "schemi di convergenze incontrollabili", ovvero la sua attitudine a fare un distinguo tra varie alternative, valutando di conseguenza il significato del proprio comportamento all'interno della realtà che vive⁷.

La capacità di volere è l'idoneità del soggetto a controllare i propri stimoli e le proprie reazioni, attivando "meccanismi psicologici di impulso e di inibizione" in attuazione di decisioni prese conformemente alla propria comprensione della realtà.

La capacità di intendere potrebbe, secondo alcuni, sussistere anche senza la capacità di volere, la quale invece non avrebbe alcun senso senza la capacità di intendere: il momento volitivo implica l'adesione a contenuti intellettivamente fissati⁸.

La capacità di intendere e di volere deve essere presente nel soggetto al momento del fatto, e con riferimento al singolo fatto concreto: da ciò deriva la possibilità di una c.d. "imputabilità settoriale",

⁷ *Ibidem*. "(...)la capacità di intendere è l'attitudine del soggetto alla comprensione del mondo esterno secondo parametri di "normalità" o schemi di convergenze incontrollabili, ovvero la sua idoneità a discernere tra più oggetti od opzioni e a valutare di conseguenza il significato del proprio comportamento nel contesto della realtà che lo circonda". Si continua poi: "Si può pertanto condividere la dottrina tradizionale che identifica nella capacità di intendere la facoltà del soggetto di rendersi conto del *valore delle proprie azioni* (...), ma è bene sottolineare ancora che è *riguardato qui il puro momento intellettuale*, un mero poter conoscere i valori presenti nell'ambito sociale, senza che rilevi la posizione di consenso o di dissenso morale nei loro confronti. In tale momento intellettuale dovrà pertanto riscontrarsi *l'idoneità a comprendere la pretesa di rispetto* che promana dai beni giuridici individuali e universali (...). Più precisamente, riconosciuto ormai che anche nel nostro sistema la colpevolezza si radica su una (almeno potenziale) *coscienza dell'illiceità del fatto* (C. Cost. 1988/364 (...)), nella *capacità di intendere* e quindi nell'imputabilità (come del resto avviene per il §20 StGB della Rft, § StGB austriaco e art. 10 c.p. svizzero) entra altresì l'attitudine dell'agente a rendersi conto che il suo comportamento *si pone in contrasto con le norme giuridiche*, che regolano la convivenza della comunità sociale (più cauto, al riguardo, il *Progetto Grosso*, che propone di far leva sulla possibilità di comprendere il *significato del fatto* e di agire in conformità a tale valutazione: art. 94, co 1°) . M. Gallo, dice che possiamo convergere sull'equazione "capacità di intendere"= "capacità di cogliere i nessi tra gli accadimenti".

⁸ M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 15.

ravvisabile in relazione ad un determinato fatto, e negabile invece in relazione ad un altro e diverso fatto (muovendosi ad esempio all'interno di un concorso formale di reati).

Sempre relativamente a questa imputabilità differita c'è da considerare anche l'ipotesi in cui una condotta criminosa si protrae nel tempo, e diverse porzioni di questa condotta sono state compiute in stato di incapacità di intendere e di volere ⁹.

2. Le valvole di sicurezza dell'art. 85: gli artt. 86 e 87 c.p.

Affinchè si configuri una mancanza di imputabilità, la capacità di intendere e di volere deve difettare "spontaneamente", e il legislatore predispone a tal fine due apposite norme, gli artt. 86 e l'87 c.p. che fungono da valvole di sicurezza rispetto all'art. 85.

L'art. 86 c.p.¹⁰ ha riguardo alla "determinazione in altri dello stato di incapacità, allo scopo di far commettere un reato", e stabilisce che: "*se taluno mette altri nello stato di incapacità di intendere e di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso della persona resa incapace, risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità*". ^{11 12}

⁹ *Ibidem*. Si distinguono i reati permanenti e quelli abituali. Nei reati permanenti "la responsabilità non sarà esclusa dal venir meno della capacità di intendere e/o di volere *dopo la consumazione iniziale* e durante il tempo della protrazione (ma la stessa responsabilità si avrà se a un'incapacità *al momento della consumazione iniziale* sia seguito uno stato di capacità senza che vi sia stata senza cessazione della permanenza (...)): si prospetta comunque proponibile sul punto una diminuzione di pena, per un *a fortiori* rispetto all'ipotesi di sopravvenuta capacità soltanto "grandemente scemata". Nei reati abituali invece, "non saranno da includere atti per i quali sia mancata al momento del loro compimento la capacità di intendere e di volere (ma nel *reato abituale improprio* (...) gli atti previsti in sé stessi come reati, che siano compiuti in stato di inimputabilità, comporteranno il relativo giudizio, con la conseguente dichiarazione di non punibilità e l'eventuale applicazione della misura di sicurezza)".

¹⁰ Vedi M. GALLO, *Diritto penale italiano (appunti di parte di parte generale)*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 391 ss.

¹¹ E' opportuno qui fare riferimento ad altri due articoli del codice penale: gli artt. 613 e 728. L'art. 613, rubricato "stato di incapacità procurato mediante violenza": "1. Chiunque, mediante suggestione ipnotica o in veglia, o mediante somministrazione di sostanze alcoliche o stupefacenti, o con qualsiasi altro mezzo, pone una persona senza il consenso di lei, in stato di incapacità di intendere o di volere, è punito con la reclusione fino ad un anno. 2. Il consenso dato dalle persone

La ratio sottesa a tale norma consiste nell'esigenza di comminare una sanzione penale al "reale" colpevole, cioè colui in quale si serve di un altro soggetto per compiere un reato, provocando nei confronti di quest'ultimo uno stato di incapacità. Si tratta di un disegno criminoso che presuppone la chiara intenzione di servirsi di un terzo come mezzo per realizzare il fatto, con coscienza e volontà della condotta, insieme alla previsione e alla volontà dell'evento.¹³

Il determinatore sarà punibile a titolo di dolo intenzionale, diretto o eventuale, o di colpa, ma a differenza dell'art. 111 c.p.¹⁴, l'art. 86 non prevede un aumento di pena per il predetto.

indicate nell'ultimo capoverso dell'art. 579 non esclude la punibilità. 3. La pena è della reclusione fino a cinque anni: 1) se il colpevole ha agito con il fine di far commettere un reato; 2) se la persona resa incapace commette, in tale stato, un fatto preveduto dalla legge come delitto". In questa disposizione si fa riferimento quindi anche alla "violenza impropria", ovvero quella procurata mediante mezzi anomali per coartare la volontà del soggetto senza ricorrere all'energia fisica. Inoltre, lo stato di incapacità non deve risolversi in una malattia o in un forte danno alla persona, ipotesi che integrano il diverso reato di lesioni ex art. 582. Per quanto riguarda le ipotesi stabilite al terzo comma, si tratta di due aggravanti speciali, da applicarsi quando l'incapace commetta un reato. Specificamente, nella prima ipotesi, il soggetto che ha provocato lo stato di incapacità risponde anche del reato commesso ex art. 86; nella seconda ipotesi invece risponderà solo del delitto del 613, in forma però aggravata. Per quanto riguarda la suggestione ipnotica, è da vedere la sentenza Mazzoli della Cassazione, del 16 aprile 1953, e la sentenza Andreucci, sez. I pen., 30 aprile 1974. L'art. 728, rubricato "trattamento idoneo a sopprimere la coscienza o la volontà altrui" recita: "1. Chiunque pone taluno, col suo consenso, in stato di narcosi o d'ipnotismo, o esegue su lui un trattamento che ne sopprime la coscienza o la volontà, è punito, se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità della persona, con l'arresto da uno a sei mesi o con l'ammenda da trenta euro a cinquecentosedici euro. 2. Tale disposizione non si applica se il fatto è commesso, a scopo scientifico o di cura, da chi esercita una professione sanitaria". Il consenso, valido e informato, esente da errore, violenza o dolo, distingue tale contravvenzione dal precedente reato di cui all'art. 613. In questo contesto il "pericolo per l'incolumità" si pone come condizione obiettiva di punibilità. Infine, il secondo comma limita l'ambito di tale causa di non punibilità ai casi di trattamento medico chirurgico.

¹² Vedi M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 19 ss.

¹³ Questa è la tipica ipotesi della c.d. "autoria mediata", teorica tedesca che nasce dalla necessità di far convergere la responsabilità del fatto commesso dall'incapace sul determinatore, aggirando le norme sul concorso di persone, che in un sistema come quello tedesco che sposa la teoria dell'accessorietà porterebbe a lasciare impunito il determinatore perché non può essere considerato né autore materiale del fatto, né complice (non pone in essere alcuna attività di ausilio). La teoria dell'autoria mediata consente di superare quest'empasse attribuendo la responsabilità penale a colui che si serve di un altro per commettere un reato.

¹⁴ Art. 111 c.p. "Determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile": "1. Chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da

Il soggetto reso incapace invece, sarà responsabile o quando abbia prestato il proprio consenso alla riduzione in stato di incapacità, o quando siano ravvisabili gli estremi della colpa e si tratti di un reato punibile a titolo di colpa.¹⁵

La dottrina si divide: alcuni riconducono tale fattispecie nella figura della c.d. “reità mediata, mentre altri, riportano tali casi all’istituto del concorso di persone nel reato¹⁶ (v. art. 110 ss. c.p.). L’accoglimento dell’una o dell’altra concezione assume importanza nel caso in cui il soggetto non imputabile commetta un reato diverso da quello voluto da colui il quale ha cagionato lo stato di non imputabilità: secondo coloro che abbracciano la teoria della “reità mediata” andrebbe applicata la disciplina dell’*aberratio delicti* di cui all’art. 83 c.p.¹⁷., mentre secondo coloro che sono a favore del riconoscimento dell’ipotesi concorsuale, andrebbe applicato l’art. 116 c.p.¹⁸ Risulta in

questa commesso, e la pena è aumentata. Se si tratta di delitti per i quali è previsto l’arresto in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà. 2. Se chi ha determinato altri a commettere il reato ne è il genitore esercente la potestà genitoriale, la pena è aumentata fino alla metà, o se si tratta di delitti per i quali è previsto l’arresto in flagranza, da un terzo a due terzi”. È un’ipotesi di concorso che provoca un aumento di pena nei confronti di colui che determina a commettere un reato un soggetto non imputabile o non punibile. Il termine “determina” sottolinea l’essere di fronte a un concorso di persone in quanto la persona non imputabile o non punibile ha un potere di scelta degli obiettivi e delle modalità di esecuzione, seppur limitato. Il secondo comma è frutto dell’art. 93, comma 1, lett. e) del dlgs. 28 dicembre 2013, n. 154, il quale ha sostituito l’espressione “potestà” con “responsabilità genitoriale”.

¹⁵ ¹⁵ M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 20.

¹⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 829: “(...)la responsabilità del soggetto che mette altri in stato di incapacità, al fine di far commettere loro un reato, discende dai principi generali in tema di concorso di persone nel reato ‘cosicché la disposizione, seppure con opportune precisazioni e integrazioni, sarebbe stata coerentemente da inserire in tale ultimo contesto normativo”. V. anche M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 18

¹⁷ In tal senso: Art. 83 c.p., rubricato “*aberratio delicti*”: “1. Fuori dai casi preveduti dall’articolo precedente, se, per errore nell’uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un’altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell’evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo. 2. Se il colpevole ha cagionato altresì l’evento voluto, si applicano le regole sul concorso dei reati”. La norma disciplina l’*aberratio delicti*, ovvero quella situazione in cui si realizza un evento diverso da quello voluto (ad es. un soggetto spara verso un altro per ucciderlo, ma in realtà provoca un incendio).

¹⁸ M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 22, dove viene evidenziato che: “l’imputazione al determinatore del fatto commesso dal terzo sarà possibile soltanto in presenza di una

ogni caso pacifico che il procurato stato di incapacità deve essere totale, perché diversamente si tratterebbe senza dubbio di concorso di persone nel reato.¹⁹

L'art. 87 invece, rubricato come “stato preordinato di incapacità di intendere e di volere”, recita: “*La disposizione della prima parte dell'art. 85 non si applica a chi si è messo in stato di incapacità di intendere o di volere al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa*”.

Si tratta di un'eccezione alla regola generale dell'art. 85 c.p.: l'imputabilità si stacca dal suo substrato naturalistico della capacità di intendere e di volere per esigenze di politica criminale²⁰

Il soggetto viene quindi punito per un fatto commesso in stato di (totale) incapacità di intendere e di volere, quando si sia precedentemente e liberamente posto in tale stato allo scopo di commettere il reato o di poter addurre un pretesto per averlo commesso (ad es. Tizio beve una grande quantità di vodka per avere il coraggio di compiere una rapina).²¹

Tale ipotesi viene definita come “*actio libera in causa*”²², dove l'*actio* è la condotta, e la *causa* dell'*actio* (ovvero l'autodeterminazione dello

corrispondenza guidata da intenzionalità (del terzo) tra fatto voluto (dal determinatore) e fatto realizzato”, e CRESPI, voce *imputabilità*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970, 774. Art. 116 c.p., rubricato “reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti”: “1. Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione. 2. Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave”. Il fatto di addebitare al concorrente l'evento diverso o più grave di quello voluto potrebbe sembrare una responsabilità oggettiva. La Corte Costituzionale ha respinto questa idea con la sentenza n. 42 del 31 maggio 1965, stabilendo che per la sussistenza della norma devono sussistere sia il rapporto di causalità materiale, sia un coefficiente di colpevolezza perché il reato più grave deve rappresentarsi nella mente del soggetto, come sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto. Rimane un'opposizione tra la dottrina: alcuni propendono per considerare il nesso di causalità psichica come un'astratta prevedibilità del reato diverso, ritengono che la prevedibilità debba essere valutata in concreto.

¹⁹ <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primotitolo-iv/capo-i/art86.html>

²⁰ M. GALLO, *Appunti di diritto penale. L'imputabilità*, vol. 5, 2013.

²¹ M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 25.

²² Vedi PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *RIDPP*, 2003, p. 395. R. A. GUIRAO, *Actio libera in causa dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal*, Atelier

stato di incapacità di intendere e di volere) è appunto *libera*. L'actio libera in causa è un concetto sviluppato dalla teologia morale e indica le condotte peccaminose che vengono poste in essere senza una libera volontà, ma che sono riconducibili ad un precedente atto di volontà del soggetto, che aveva il potere di porsi o almeno in stato di incapacità.²³

Si fa in questo modo risalire in maniera fittizia l'esecuzione del reato al momento in cui l'agente ha preordinato lo stato di incapacità.²⁴

Parte della dottrina ritiene di dover distinguere tra *actio libera in causa dolosa* (cioè con incapacità volontaria e rappresentazione e volizione del reato ma senza premeditazione) e *actio libera in causa colposa* (con incapacità volontaria o colposa, ma senza rappresentazione o accettazione del rischio relativo al reato)²⁵. Altra

Libros, 2005. VANNINI, *Per una più vasta nozione delle "actiones liberae in causa"* in *Riv. Pen.*, 1924, I, 249; ID. *L'actio libera in causa nel nuovo c.p.*, in *Studi in memoria di P. Rossi*, Siena, 1931, p. 59 ss.; DONDINA, *Le actiones liberae in causa nel nuovo c.p.*, in *Sc. Pos.*, 1931, I, 231, RICCIO, *Le actiones liberae in causa nel cod. Rocco*, in *Annali*, 1934, 1224; DAVÌ, *Le actiones liberae in causa nel nuovo c.p.*, 1934; CAPALOZZA, *Actio libera in causa e reato colposo*, in *Riv. Pen.*, 1938, 958; VENDITTI, *L'illecito penale libero "in causa"*, in *Riv. It.*, 1957, p. 552 ss.; ID., *Actio libera in causa*, in *Enc. Dir.*, Milano, v. 1, 1958, 533 ss.; M. LEONE, *Tentativo di una nuova configurazione delle "actiones liberae" in causa*, in *Indice Penale*, 1972, 19

²³ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, CEDAM, 3° ed., 2015, p. 364: "(...) il soggetto è libero o no di mettersi in uno stato di incapacità, ma laddove lo faccia al fine di commettere un reato, o di prepararsi una scusa, ne consegue che gli verrà imputato il reato, al pari di tutte le altre conseguenze che derivano dallo stato di preordinazione". Vedi anche MAIWALD, *Fra principio di colpevolezza e prevenzione generale. La punibilità della non imputabilità causata da ubriachezza*, in AA. VV. *Scritti in onore di Mario romano*, 1029 ss. ; FIANDACA-MUSCO, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Bologna, 2001, p. 311. Cfr. CACCAVALE, *Actiones liberae in causa*, in *Studi di diritto penale*, p. 589 ss.

²⁴ <http://www.brocardi.it/A/actiones-liberae-in-causa.html>. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 830: "Trasposta nel diritto penale, tale categoria ha lo scopo di consentire l'imputazione di un fatto commesso in stato di incapacità di intendere e volere, facendo retrocedere il giudizio di rimproverabilità al momento in cui il soggetto liberamente ha scelto di porsi in tale stato al fine di commettere un reato o di poter addurre una scusa. La volontà e l'imputabilità vengono dunque valutate al momento in cui il soggetto liberamente determina lo stato di incapacità, a nulla rilevando la circostanza che le stesse vengano meno nel successivo momento della realizzazione della fattispecie di reato".

²⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 831. Vedi A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, CEDAM, 3° ed., 2015, p. 364. Manna ritiene che questo sia un modello di *actio libera in causa dolosa*, ritrovabile nell'art. 92 c.p. che si riferisce all'ubriachezza o alla stupefazione

parte della dottrina ritiene di dover escludere un fondamento dell'imputazione basato sull'incapacità colposa, atteso che il legislatore si volesse riferire all'imputazione a titolo di dolo nel voler descrivere la fattispecie di cui all'art. 87²⁶, intendesse fare riferimento all'imputazione a titolo di dolo.

La dottrina si è divisa anche in relazione al titolo di responsabilità del soggetto che commette un reato in stato di incapacità preordinata di intendere e di volere. Nonostante un orientamento mostri una propensione per il riconoscimento di una responsabilità oggettiva, la maggior parte degli autori ritiene che si tratti di una responsabilità per dolo, in quanto nell'agente sussiste sin dal primo momento, una chiara coscienza e volontà della condotta diretta a commettere il reato.²⁷

3. Le cause di esclusione dell'imputabilità

La legge stabilisce espressamente negli artt. da 88 a 96 c.p. i casi in cui l'imputabilità deve essere esclusa o diminuita.

Tali cause si differenziano in condizioni di natura fisiologica (età), condizioni di natura patologica (derivanti da infermità mentali o da anomalie congenite) e condizioni di natura tossica (derivanti

preordinata, che conduce ad un aumento di pena (“l’ubriachezza non derivata da caso fortuito o forza maggiore non esclude né diminuisce l’imputabilità. Se l’ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata.”). Accanto all’*actio libera in causa dolosa*, si può rintracciare anche un’*actio libera in causa colposa*, che si ha quando l’agente si mette in uno stato di incapacità non volontariamente, ma attraverso l’inosservanza di una norma cautelare: Manna ritiene che un esempio è quello dell’ubriachezza colposa. Vedi anche ID., *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle finzioni giuridiche alla terapia sociale*, 1997; M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico al codice penale*, II (art. 85 – 149), Giuffrè, Milano, 2012, p. 24; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, 1997, Milano, p. 618 che ritiene superflua l’estensione della norma alla fattispecie colposa; S. FIORE, *Prospettive dommatiche e fondamento politico-criminale della responsabilità ex art. 92 co. 2, c.p.p.*, in *Riv. It. dir. Proc. E pen.*, 1994, 139, 152, per una superfluità della figura dell’*actio libera in causa colposa*. V. anche MAIWALD, *Fra principio di colpevolezza e prevenzione generale. La punibilità della non imputabilità causata da ubriachezza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, 1029 ss.

²⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 831

²⁷ <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primο/titolo-iv/capo-i/art87.html>

dall'abuso di alcolici o di sostanze stupefacenti). Si hanno in tal modo cinque cause di esclusione/diminuzione dell'imputabilità: a) la minore età; b) l'infermità di mente (totale e parziale); c) il sordomutismo; d) l'ubriachezza; e) l'azione di stupefacenti.²⁸

4. La minore età

Le legislazioni penali dei vari Paesi hanno tradizionalmente attribuito alla minore età l'efficacia di escludere o diminuire l'imputabilità²⁹. Il

²⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, cit., p. 622

²⁹ V. NOVELLI, Nuovi ordinamenti giuridici per la prevenzione della delinquenza minorile, in *Riv. Dir. Penit.*, 1933, 545; PETRACCONI, I minori e la nuova legislazione penale, in *Studi in onore di M. D'Amelio*, v. III, Roma, 1933, p. 116; SANDULLI, Il minore nei codici vigenti, in *Giust. Pen.*, 1933, III, 1105; MARUCCI, Delinquenza e imputabilità dei minorenni, in *Sc. Pos.*, 1937, I, 145; BATTAGLINI, Il dir. Pen. Dei minori e la sua specialità, in *Riv. Pen.*, 1939, 843; MARUCCI, La capacità di intendere e di volere dell'imputato minorenni, in *Sc. Pos.*, 1951, 230 ss; RUSSO PARRINO, Diritto penale minorile, Caltanissetta, 1953; RADAELLI, Delinquenza giovanile e prevenzione giudiziale, Roma, 1953; BERESEZIO, Il problema della delinquenza minorile nelle legislazioni dei paesi civili e in relazione all'ONU, Torino, 1954; DE MARISCO, Manifestazioni attuali del traviamiento e della delinquenza minorile, in *Sc. Pos.*, 1960, 3 ss; GALVIN, La criminalità minorile, in *Sc. Pos.*, 1966, 254; RUSTIA, Contravvenzione commessa da minore e influenza sostanziale sulla colpevolezza, in *Riv. It.*, 1974, 1040; BARSOTTI-CALCAGNO-LOSANA-VERCELLONE, Sull'imputabilità dei minori tra 14 e 18 anni, ivi 1975, 1226; CERTO, La tutela penale del minore, Padova, 1976; NOSENGO, Questioni in tema di accertamento dell'imputabilità minorile, in *Giur. It.*, 1979, II, 15; DOSI, Azione imputabile e responsabilità minorile in *Esperienze*, 1985, 1, 37; PEPINO, Imputato minorenni, in *Digesto pen.*, v. VI, 1992, p. 286; DOMANICO, *Minori ultraquattordicenni tra esperienze recenti e mutazioni sociali*; PIGHI, *La capacità di intendere e di volere dei minori fra i quattordici e i diciotto anni nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Indice pen.*, 1976, 311. Cfr. anche, per gli aspetti sociologici e criminologici, FRANCHINI, *Nuovi aspetti della antisocialità minorile*, in *Il problema sociale della delinquenza minorile*, Milano, 1964, p. 69 ss.; FRANCHINI-INTRONA, *Delinquenza minorile*, Padova, 1972; VIRGILIO, *La delinquenza minorile e il problema educativo nella società contemporanea*, Napoli, 1976; DE LEO, *La criminalità e i giovani*, Roma 1978, *Il carcere minorile, ecc.*, in *Rassegna penit. E crim.*, 1979, 35 ss; PAPAGNI, *Delinquenza minorile e i suoi riflessi sociali*, in *Dir. Famiglia*, 1980, 689; PONTI-GALLINA FIORENTINI, *Imputabilità e immaturità nel procedimento penale minorile*, in *Riv. Polizia*, 1983, 560; BANDINI GATTI, *Delinquenza minorile*, Milano, 1987, DE LEO, *La devianza minorile*, Roma, 1990; PONTI E GALLINA FIORENTINI, *Immaturità*, in *Dig. Pen.*, v. VI, 1992, p. 145; MARINI, *Minori ed operatori del servizio sociale nell'esecuzione penale*, in *Riv. Polizia*, 1995, 368; BALDINO, *Minori infermi di mente e socialmente pericolosi: dall'ospedale psichiatrico al collocamento in comunità*, in *Giur. It.*, 2000, 1474; BARSOTTI-CALCAGNO-LOSANA-VERCELLONE, *Sull'imputabilità dei minori tra 14 anni e 18 anni*, in *Riv. It. dir. E proc. Pen.*, 1975, 1226; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa, il diritto penale minorile*, Milano, 2009, 124 ss. e *passim*, BISCEGLIA, *L'imputabilità dei minori*, in *Riv. Pen.*, 2003, 937; CERETTI, *Il concetto di maturità: alcune proposte per la valutazione dal punto*

nostro codice fissa il termine della minore età a diciotto anni, ma il periodo precedente è diviso in due settori temporali: il primo si estende fino ai quattordici anni, il secondo comprende l'età dai quattordici ai diciotto anni.³⁰

Per quanto riguarda l'ipotesi in cui l'autore del reato abbia meno di quattordici anni, e la norma di riferimento è l'art. 97 c.p., che postula una presunzione assoluta di non imputabilità, indipendentemente dall'effettiva mancanza della capacità di intendere e di volere³¹: “*Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni*”. Alla previsione di non assoggettabilità alla pena si affianca quella dell'art. 224 c.p., che prevede

di vista dello scienziato dell'uomo, in Pedagogisti per la giustizia, a cura di De Natale, Milano, 2005, 35 ss.; COLLICA, Imputabilità, in Dizionario sistematico di Diritto penale, sole 24 ore, Milano, 2008, 283 ss.; LARIZZA, Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione, Padova, 2005; ID. L'evoluzione costituzionalmente orientata del diritto penale minorile, in Persone e sanzioni, a cura di Ronco, Bologna, 2006, 123; ID. Bisogno di punizione o bisogno di educazione? Il perenne dilemma della giustizia minorile, in Cass. Pen., 2006, 2975; MANTOVANI F., Quale giustizia penale minorile? In Legislazione penale, 2004, 178; MANTOVANI M., L'imputabilità del minore: problemi e prospettive, in Per uno statuto europeo dell'imputato minore, a cura di Giusta, Milano, 2005, 15; MARTUCCI, Maturità psicofisica e imputabilità del minore, in Famiglia e dir., 2000, 2, 145; MIEDICO, La “sospensione del processo con messa alla prova” fra prassi e prospettive di riforma, in Cass. Pen., 2003, 2468; NUZZO, La declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. conferma l'esigenza della revisione del sistema delle misure di sicurezza, in Cass. Pen., 2005, 750; PAZÈ, Giustizia penale minorile e difesa sociale, in Legislazione pen., 2004, 181 ss.; PEPINO, Imputato minore, in Digesto pen., IV, Torino, 1992, 287 ss.; PONTI GALLINA FIORENTINI, Immaturità, in Digesto pen., VI, Torino, 1992, 145 ss.; PULITANÒ, La giustizia minorile: dopo una battaglia vinta, quali prospettive? In Legislazione penale, 2004, 186; RUGGIERI, Minori e giustizia, 2005, 4, 117; STENDARDI, Accertamento dell'imputabilità del minore e gravità del reato, in Cass. Pen., 2008, 4, 1574.

³⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, cit., p. 624

³¹ La Cassazione è intervenuta nel 1989 con sentenza n. 15523 per stabilire che la non imputabilità del minore non esclude necessariamente la sua maturità psichica ed intellettuale, in una vicenda relativa all'attendibilità di una chiamata di correo effettuata da un minore non imputabile.

La Cassazione è intervenuta anche nel 2009 con sentenza n. 49863. La previsione di cui all'art. 26 del D.P.R. n. 48/1988 impone al giudice di dichiarare immediatamente con sentenza, in ogni stato e grado del procedimento, il non luogo a procedere, quando accerti che l'imputato abbia meno di quattordici anni, considerando il disposto dell'art. 97 c.p. che stabilisce una presunzione assoluta di non imputabilità e di incapacità processuale, che prescinde dall'effettivo riscontro della capacità di intendere e di volere.

l'applicabilità anche ai minori di anni quattordici di una misura di sicurezza, sempre che ne ricorrano i presupposti³².

Si passi poi a prendere in considerazione l'ipotesi di quei minori che non hanno ancora compiuto diciotto anni, ma ne hanno compiuto quattordici. La norma di riferimento in questo caso è l'art. 98 c.p. : “1. *E' imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere, ma la pena è diminuita. 2. Quando la pena detentiva inflitta è inferiore ai cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale*”.

Vige in questo caso un principio di accertamento in concreto, ovvero caso per caso, della capacità di intendere e di volere. Indagine che risulta particolarmente complessa: deve essere verificato se il minore abbia raggiunto un grado tale di maturità³³ da consentirgli di rendersi

³² Art. 224 c.p., “Minore non imputabile”: “1. Qualora il fatto commesso da un minore degli anni quattordici sia previsto dalla legge come delitto, ed egli sia pericoloso, il giudice, tenuto specialmente conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto, ordina che questi sia ricoverato nel riformatorio giudiziario o posto in libertà vigilata. Se, per il delitto, la legge stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, e non si tratta di delitto colposo, è sempre ordinato il ricovero del minore nel riformatorio per un tempo non inferiore a tre anni. 2. Le disposizioni precedenti si applicano anche al minore che, nel momento in cui ha commesso il fatto previsto dalla legge come delitto, aveva compiuto gli anni quattordici, ma non ancora i diciotto, se egli sia riconosciuto non imputabile a norma dell'articolo 98”. Il concetto di pericolosità sociale del minore non imputabile è descritta nell'art. 37, co. 2, D.P.R. 22 settembre 1988, n. 48. Inoltre, nel 1971, la Corte Costituzionale con sentenza n. 1/71, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 2 delle norme in esame in quanto prevedeva come obbligatorio ed automatico il ricovero di minimo tre anni in un riformatorio giudiziario. Tutt'oggi quindi la misura di sicurezza del riformatorio giudiziario è applicata solo per i delitti non colposi per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a nove anni, in seguito all'entrata in vigore del D.P.R. di cui sopra. La misura del ricovero nel riformatorio doveva rispondere al fine costituzionale del reinserimento del minore, ma proprio per questo è stato utilizzato maggiormente l'istituto della libertà vigilata.

³³ V. RENDE, *La capacità di intendere e di volere nell'immaturato*, in *Prevenzione della delinquenza minorile*, 1935; BARSOTTI, CALCAGNO, LOSANA, VERCELLONE, *Sull'imputabilità dei minori tra i 14 e i 18 anni*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1975, IV;

conto del disvalore del fatto delittuoso posto in essere. E' un giudizio avente ad oggetto la maturità fisica e psichica del soggetto³⁴: bisogna tener conto sia dello sviluppo intellettuale che di quello morale, che è connesso con le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del soggetto. Gli elementi significativi per il giudizio non sono soltanto bio-psichici, ma anche “socioeconomici e socio-ambientali”.³⁵

Laddove all'esito di tale giudizio di accertamento si concluda per la sussistenza della capacità di intendere e di volere, dovrà essere comminata al minore una pena pari a quella prevista per il reato commesso, ma diminuita in ragione dell'età. Se al contrario, il giudice ravvisi una situazione di incapacità di intendere e di volere, il minore sarà esente dalla pena.

In ogni caso se il minore è ritenuto socialmente pericoloso, gli verrà inflitta una misura di sicurezza di tipo detentivo (riformatorio giudiziario o libertà vigilata), ovvero più spiccatamente rieducativo (affidamento al servizio sociale minorile, o il collocamento in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psicopedagogico ai sensi dell'art. 26 l. trib. Minorenni).³⁶

Sotto un profilo di politica criminale, ci si è chiesti se sia ancora attuale il limite del quattordicesimo anno di età, oppure se sia opportuno far retrocedere questo limite ai dodici anni. Sembra che la risposta non possa essere negativa, considerando che i moderni mezzi

PIGHI, *La capacità di intendere e di volere dei minori fra i quattordici e i diciotto anni*, in *Ind. Pen.*, 1976, 311; TORREBRUNO *I criteri di giudizio, ecc.*, in *Giust. Pen.*, 1975, III, 82; CERQUA, *In tema di imputabilità del minore ultraquattordicenne*, in *Giur. Di merito*, 1979, 1010; PONTI e GALLINA FIORENTINI, *Imputabilità e immaturità nel procedimento penale minorile*, in *Riv. Di polizia*, 1983. Il termine maturità può essere inteso in due modi: a) un ragazzo è maturo perché per la sua età dimostra un processo di crescita pari a quanto si può attendere per quell'età; b) un ragazzo è maturo perché ha maturato quella capacità di intendere e di volere che ci si può attendere da un maggiorenne. La dottrina prevalente si muove in questo secondo senso.

³⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 816

³⁵ Cass., 21 marzo 1989, Leoncini, CED 181366, RP 1990, 291; Cass. 19 novembre 1984, CED 168333. L'esigenza di un'indagine simile discende dal disposto dell'art. 9 del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, sul processo penale minorile, a tenore del quale “il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità”.

³⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, Nel diritto, 2012, p. 818

di comunicazione di massa inevitabilmente accelerano lo sviluppo del minore, che non si trova certamente in un contesto paragonabile a quello degli anni Trenta. Questo però non toglie che l'attuale apparato sanzionatorio non sia la soluzione adeguata per un minore di quattordici anni, se si considerano i potenziali effetti criminogeni di cui è portatore.³⁷

Ecco perché se da una parte può apparire indispensabile parlare del pericoloso fenomeno delle “*baby gangs*”³⁸ e dell'abbassamento dell'età degli autori di delitti sessuali, traffico di stupefacenti e reati informatici, dall'altro non si possono nemmeno automaticamente estendere a questi le tradizionali pene riservate agli adulti. Una soluzione potrebbe essere, seppur con tutte le cautele del caso, quella di creare un circuito sanzionatorio ad hoc, caratterizzato da forti connotati rieducativi.³⁹

4.1 Maturità e vizio di mente

In dottrina e giurisprudenza è ormai consolidato l'orientamento che distingue il giudizio sull'imputabilità del minore sotto il profilo della maturità (ex. art. 98 c.p.), da quello sull'imputabilità del minore rispetto al vizio di mente (ex. artt. 88 e 89 c.p.).⁴⁰

³⁷ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, III ed., 2015, pp. 371-372: “La questione involge delicati profili anche di carattere garantistico, ma, per essere adeguatamente risolta, è necessario porsi in primo luogo la domanda se nell'attuale contesto sociale, economico e culturale anche un soggetto minore degli anni quattordici possa dirsi motivabile mediante il precetto penale e cioè, in definitiva, se possa o no autodeterminarsi.”

³⁸ Sul tema, A. R. CASTALDO, *Tradizione e obsolescenza nel diritto penale*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale del futuro*, Salerno, 2006, p. 5 ss.

³⁹ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, III ed., 2015, p. 372.

⁴⁰ In dottrina cfr. CERRETTI, *Il concetto di maturità: alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo*, in *Minori giustizia*, 2002, n. 3-4; BERTOLINO, *sub art. 98 in Codice penale commentato (parte generale)*, a cura di Dolcini-Marinucci, Milano, 1999, p. 855; VIRGILIO, *Dell'imputabilità*, in *Giur. Sist. Dir. Pen., Bricola-Zagrebel'sky*, II, Torino, 1996, 454. Per la giurisprudenza cfr. ad esempio A. Catanzaro 7-7-1998, in *Riv. Pen.*, 1998, 1021; Cass. Pen., Sez. I, 21-12, 1989, in *CED*, 183345; Cass., Sez. I pen., 6-10-1986, in *Cass. Pen.*, 1988, 1179; Cass., Sez. I pen., 6 dicembre 1982, *ivi*, 1984, p. 532; Cass.,

La giurisprudenza ammette che lo stato di immaturità e quello di infermità mentale possano coesistere: in tal caso bisogna indagare le influenze reciproche di tali stati, tenendo pur conto del fatto che l'indagine sulla maturità deve essere tenuta separata da quella volta ad accertare la sussistenza del vizio di mente⁴¹.

Se viene accertato un vizio totale di mente, questo ha valenza "assorbente" in relazione all'immaturità: il minore dovrà essere prosciolto per infermità mentale in quanto privo della capacità di intendere e di volere. Se invece viene accertato un vizio parziale, occorre verificare se questo abbia influito sullo sviluppo psicofisico del minore, fino ad escluderne la maturità: se l'infermità ha ritardato lo sviluppo psico-fisico impedendo l'acquisizione di una maturità sufficiente, il soggetto dovrà essere riconosciuto come incapace di intendere e di volere⁴²; se invece l'infermità è intervenuta in una normale evoluzione psichica, senza ostacolare la maturazione del minore, quest'ultimo dovrà essere dichiarato imputabile alla luce dell'art. 98 c.p., e contemporaneamente seminfermo di mente, con applicazione congiunta delle diminuzioni di pena di cui agli artt. 89 e 98 c.p.⁴³

In presenza di una immaturità psicofisica del minore infraquattordicenne o infradiciottenne non potrà applicarsi alcuna

Sez. I pen., 8-4-1981, *ivi*, 1982, p.1976; Trib. Min. Milano, 16 giugno 2005 annotata da F. KING, in *Cass. Pen.*, 2006, 5, 1923. *Contra*: T. Ancona, 22 maggio 1996, in *Foro it.*, 1997, II, 511 che, in presenza di un vizio parziale di mente richiama l'art. 98: "deve ravvisarsi la non imputabilità ex art. 98 c.p. del soggetto infradiciottenne che, pur avendo ammesso la volontarietà del proprio comportamento criminoso, versa in condizione di ritardo mentale di grado lieve, esasperato da disturbi della personalità che rientrano nel quadro della sindrome "border line". (Nella specie, i tratti caratteriali dell'imputato diciassettenne denotavano una personalità molto fragile, mancante di autocritica, tendente a reagire alle frustrazioni con comportamenti impulsivi e aggressività).

⁴¹ M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale (parte generale)*, Vol. 3/2, Giuffrè, 2009, p. 133

⁴² Cass., Sez. I pen., 21 marzo 1989, in *Cass. Pen.*, 1990, 1302; Cass., Sez. II pen., 26 maggio 1971, in *CED*, 120350.

⁴³ Trib. Min. L'Aquila, 22 maggio 1996, in *Foro it.*, 1997, II, 511; Cass., Sez. I pen., 6 giugno 1986, in *Cass. Pen.*, 1998, 283; in argomento cfr. KING, *Il giudizio di maturità ai sensi dell'art. 98 c.p. in un caso di violenza sessuale commesso da un minore ai danni dei fratelli*, in *Cass. Pen.*, 2006, 5, 1928; BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., 134.

pena, ma solo la misura di sicurezza ex art. 224 c.p. con i limiti di cui agli artt. 36, 37 e 39 del d.p.r. n. 448/1988; più precisamente il riformatorio giudiziario nella forma del collocamento in comunità e della libertà vigilata da eseguire nella forma delle connesse prescrizioni (art. 20 d.p.r. n. 448/1988) o della permanenza in casa (art. 21 d.p.r. 448/1988)⁴⁴.

In presenza di un fattore patologico tale da rendere il soggetto incapace di intendere e di volere non solo per immaturità psichica, la soluzione in passato risultava differente: il legislatore del 1930, prima dell'intervento della Corte costituzionale, riteneva la condizione di infermo totale di mente come "assorbente" rispetto a quella di minore, e ricollegando alla prima la misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario, a prescindere dalla condizione di minorenni o di maggiorenne. La Corte costituzionale ha dichiarato con sent. n. 324/1998⁴⁵ l'illegittimità dell'art. 222 commi 1, 2 e 4 (*"nella parte in cui prevede l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza in un ospedale psichiatrico giudiziario"*), in quanto contrastante con gli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., dai quali si ricava che il trattamento penale dei minori deve essere regolato sulle specifiche esigenze proprie

⁴⁴ L'art. 224 c.p., rubricato "minore non imputabile", stabilisce al primo comma che "Qualora il fatto commesso da un minore degli anni quattordici sia preveduto dalla legge come delitto, ed egli sia pericoloso, il giudice, tenuto specialmente conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto, ordina che questi sia ricoverato nel riformatorio giudiziario o posto in libertà vigilata". L'art. 225, rubricato "minore imputabile", stabilisce invece che "Quando il minore che ha compiuto gli anni quattordici, ma non ancora i diciotto, sia riconosciuto imputabile, il giudice può ordinare che, dopo l'esecuzione della pena egli sia ricoverato in un riformatorio giudiziario o posto in libertà vigilata, tenuto conto delle circostanze indicate nella prima parte dell'articolo precedente".

⁴⁵ C. Cost., 24 luglio 1998, n. 324, in *Giust. Penale*, 1999, I, 139. In tale pronuncia la Corte ha evidenziato come la necessità di tutelare le particolari esigenze del minore sia espressa anche da convenzioni internazionali, specialmente dalla Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, che all'art. 40, 1° comma stabilisce che il fanciullo ha diritto "ad un trattamento tale da favorire il suo senso della dignità e del valore personale (...) e che tenga conto della sua età nonché della necessità di favorire il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima", impegna gli stati firmatari a "promuovere l'adozione di leggi, di procedure, la costituzione di autorità e di istituzioni destinate specificamente ai fanciulli sospettati, accusati o riconosciuti colpevoli di aver commesso reato" (3° comma) ed a predisporre sanzioni alternative a quelle custodiali "in vista di assicurare ai fanciulli un trattamento conforme al loro benessere e proporzionato sia alla loro situazione che al reato" (4° comma).

dell'età minorile⁴⁶. La Corte ha dichiarato anche l'illegittimità dell'art. 206 c.p. nella parte in cui prevede l'applicabilità provvisoria di tale misura nei confronti dell'infermo di mente⁴⁷.

Consapevole del vuoto normativo conseguente alla sua pronuncia, la Corte sottolinea la necessità di un intervento del legislatore, che però non arriva, ed quindi è l'interprete a farsi carico di questo compito. Nella giurisprudenza di merito è una prassi applicare al minore totalmente infermo e socialmente pericoloso la misura che sarebbe stata applicata al minore riconosciuto pericoloso in caso di proscioglimento per immaturità ex art. 98 c.p.: la misura di sicurezza del riformatorio giudiziario da eseguirsi nella forma del collocamento in comunità (ex artt. 224 c.p. e 36 d.p.r. 22 settembre 1998)⁴⁸.

La dottrina ha avanzato delle perplessità nei confronti di una simile ricostruzione.⁴⁹

In primis essa confliggerebbe con il principio di legalità⁵⁰, e *in secundis* con la ratio⁵¹ dell'art. 224 c.p.⁵²

⁴⁶ *Ex multis*, sugli stessi principi ma applicati a diversi istituti: C. Cost., 22 aprile 1997, n. 109, in *Giust. Pen.*, 1998, I, 92; C. Cost. 17 dicembre 1997, n. 403, in *Giur. Cost.*, 1997, 6; C. Cost. 28 aprile 1994, n. 168, *ivi* 1994; nota di GALLO, GEMMA. V. CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 565.

⁴⁷ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 566. Una approfondita esegesi della sentenza si trova in BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, cit., 339-342.

⁴⁸ Questa tendenza ha ricevuto esplicita conferma da parte della Suprema Corte con la sent. N. 3710, Cass. Pen, Sez. I, 19 maggio 1999, in *Riv. Pen.*, 1999, 866, la quale affermava che: “è da ritenersi applicabile al minore non imputabile per vizio totale di mente, in presenza di pericolosità sociale, la misura del riformatorio giudiziario da eseguirsi nella norma del collocamento in comunità”. Di fronte al quesito se una misura prevista per il minore sano di mente ma prosciolto per immaturità fosse applicabile anche l diverso caso di un minore maturo ma affetto da vizio totale di mente senza urtare il principio di legalità, fondato combinando il disposto degli artt. 23, 3° comma Cost. e 199 c.p., la Corte rispondeva in senso affermativo, sostenendo che nonostante l'intrinseca diversità delle cause, la formulazione così larga dell'art. 98 c.p. a cui rinvia l'art. 224 terzo comma c.p., permetteva di ritenere ricompresi nella previsione dell'articolo tutti i casi di incapacità di intendere e di volere.

⁴⁹ V. PANEBIANCO, *Minore infermo di mente e socialmente pericoloso: l'inadeguatezza dell'attuale sistema di misure di sicurezza minorili*, in *Riv. It. dir. Proc. E pen.*, 2003, 1-2, 616

⁵⁰ Una volta annullata la norma del comma 1° dell'art. 222 c.p., l'unica disciplina rimane quella contenuta nell'art. 224 c.p., che richiama l'art. 98 c.p., il quale regola solo i casi di non imputabilità per immaturità, senza riferirsi in nessun modo all'infermità mentale.

Infine, sono da considerare le conseguenze pratiche di una simile ricostruzione: nell'ipotesi in cui un minore infermo di mente si sottraesse all'esecuzione della misura di sicurezza del riformatorio cui è sottoposto, la conseguenza sarebbe la custodia cautelare in carcere, misura inapplicabile a causa della mancanza di imputabilità⁵³.

5. Il sordomutismo

Il sordomutismo è compreso fra le cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità in quanto l'udito e la favella sono essenziali per lo sviluppo del patrimonio psichico dell'uomo. Inoltre, nel carattere del sordomuto si nota una spiccata diffidenza (che si manifesta anche come misantropia), ed una notevole impulsività, che rende più facile trascendere in atti antisociali.⁵⁴

Il codice penale prende espressamente in considerazione il fenomeno del sordomutismo all'art. 96, il quale stabilisce che: *“1. Non è imputabile il sordomuto⁵⁵ che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità di intendere o di volere. 2. Se la capacità d'intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita”*.⁵⁶

⁵¹ L'ultimo comma dell'art. 224 c.p. è volto a garantire al minore infermo di mente un trattamento sanzionatorio che abbia riguardo alle sue condizioni di infermità mentale, ovvero un trattamento avente finalità prettamente terapeutiche, che mal si conciliano con l'istituto del riformatorio.

⁵² CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 567

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 635

⁵⁵ L'art. 1, l. 20 febbraio 2006 ha previsto che in tutte le disposizioni legislative vigenti il termine sordomuto deve essere sostituito con il termine sordo. Tale nuova disciplina è posta da esigenze di carattere previdenziale: non avrebbe senso pensare che l'art. 96 c.p. si applichi, oggi, in maniera assolutamente irragionevole, anche a chi sia diventato sordo all'esito, per esempio, di una malattia professionale contratta in età matura, senza che si possa ravvisare alcun pregiudizio di sorta nel suo sviluppo psicofisico. Tale cambiamento infatti non deve depistare: a colui che sia solo sordo o solo muto, non potrà essere applicata la disciplina dell'art. 96, ma si dovranno applicare gli artt. 88 e 89 c.p.

⁵⁶ Si veda la seguente pronuncia sul tema: Cass. Pen., n. 8817/1996: *“L'art. 96 c.p. non ravvisa nel sordomutismo un o stato necessariamente psicopatologico, ma*

La formulazione di questo articolo risente del momento storico in cui è stato predisposto: all'epoca, i sordomuti non avevano a disposizione i mezzi tecnici e i percorsi formativi necessari a superare gli svantaggi derivanti dall'inabilità⁵⁷.

La legge non pone però una presunzione assoluta di incapacità, ma chiama il giudice ad accertare caso per caso se il soggetto affetto da sordomutismo sia stato o meno capace di intendere e di volere al momento del fatto, proprio come si fa per il minore tra i quattordici e i diciotto anni.⁵⁸

Se si ritiene che la capacità di intendere e di volere non sia stata intaccata, il sordomuto viene trattato come ogni altro soggetto.⁵⁹

Se invece si accerta che la capacità di intendere e di volere non sussiste, egli è equiparato al soggetto affetto da vizio totale di mente.

Se poi la capacità è solo grandemente scemata si ha semplicemente una diminuzione della pena.⁶⁰

Tale disciplina sembra assimilabile a quella stabilita per il vizio di mente dagli artt. 88 e 89 c.p., e per questo parte della dottrina ha ritenuto l'opportunità di abrogare tale norma, volta soltanto a rimarcare una condizione di inferiorità.⁶¹

Altra parte della dottrina, nell'interrogarsi sull'utilità di questa norma, che potrebbe risultare non necessaria in quanto si perverrebbe al

richiede soltanto che nel sordomuto tanto la capacità, quanto l'incapacità sia oggetto di specifico accertamento, da compiersi, cioè, caso per caso. Il che sta a significare che il sordomutismo non costituisce vera e propria malattia della mente, valendo soltanto eventualmente ad impedire o ad ostacolare lo stato di sviluppo della psiche, e dunque la maturità psichica. È sufficiente, pertanto che dalla decisione risulti che il detto accertamento sia stato compiuto e che il giudice abbia congruamente motivato sul punto".

⁵⁷ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, 3° edizione, 2015, p.372

⁵⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 828. Attraverso la prescrizione di un accertamento da farsi caso per caso della capacità di intendere e di volere del sordomuto al momento della commissione del fatto di reato, l'art. 96 c.p. ha significato un notevole passo avanti rispetto al codice Zanardelli che presumeva un'incapacità di intendere e di volere del sordomuto. (CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 546)

⁵⁹ Cfr. Cass. 3 luglio 1996, in *Giur. It.*, 1997, II, 584.

⁶⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 63

⁶¹ Così ROMANO, *Commentario*, cit., II, p. 69

medesimo risultato applicativo mediante l'utilizzo della disciplina di cui agli artt. 88 e 89 c.p., ritiene che prendere in considerazione espressamente tale forma di inabilità può comportare un positivo effetto giuridico di inversione dell'onere della prova. Se i maggiori di età si presumono imputabili e sono le loro difese a dover provare l'eventuale sussistenza del vizio di mente, per quanto riguarda i sordomuti, l'art. 96 c.p. ha l'effetto di onerare l'accusa dell'eventuale prova della capacità.⁶²

La disposizione dell'art. 96 non effettua una distinzione tra sordomutismo congenito e acquisito, perciò si applica anche a coloro che hanno perso udito e favella posteriormente alla nascita.⁶³

6. Uso di sostanze alcoliche o stupefacenti

Le conseguenze derivanti da un reato commesso da un soggetto sotto effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti⁶⁴ vengono regolate dall'art. 91 all'art. 95 del c.p..

⁶² A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, 3° edizione, 2015, p.372: "Anche questa ipotesi tipica di infermità, tuttavia, cui il codice attribuisce potenziale rilievo ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, qualora la si esamini alla luce dei progressi raggiunti dalle scienze mediche, rivela, come già si è potuto constatare in materia di stupefacenti e di alcolismo, una scollatura tra la disciplina codicistica di cui trattasi, e le premesse naturalistiche relative alla disciplina stessa. Infatti, come accennato, anche i sordomuti possono attualmente raggiungere livelli di scolarizzazione e socializzazione, analoghi a quelli di una persona normodotata".

⁶² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 828

⁶³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 635. Ritiene che non vi siano differenze MARINI, *Imputabilità*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 263. Riferiscono tale norma solo ai sordomuti dalla nascita o dalla prima infanzia FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 5° ed., Bologna, 2002, p.311

⁶⁴ Sul tema, vedi: LEONE, *Imputabilità e responsabilità in tema di ubriachezza*, in *Riv. It.*, 1934, 546; MESSINI, *Ubriachezza e delinquenza*, in *Il nuovo dir.*, 1935, 485; GALLI, *Necessità di distinzioni circa il concetto della responsabilità penale dell'ubriaco volontario*, in *Annali*, 1936, 956, CRESPI, *Il problema della colpevolezza nell'ubriachezza volontaria e colposa*, in *Riv. It.*, 1950, 740; SANTORO, *Rapporti fra ubriachezza ed errore*, in *Giust. Pen.*, 1960, II, 418; SIGERT, *Colpevolezza ed abuso di bevande alcoliche nel diritto della circolazione stradale*, in *Sc. Pos.*, 1960, 589 ss; BRICOLA, *Finzione di imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 comma 1° c.p.*, in *Riv. It.*, 1961, 486; ALTAVILLA, *Imputabilità ed elemento psicologico nell'ubriachezza non accidentale*, in *Sc. Pos.*, 1963, 335;

Tale disciplina è alquanto articolata: in alcuni casi l'imputabilità viene esclusa, in altri viene invece presunta per ragioni di prevenzione generale ⁶⁵.

Proprio per ottemperare a questo obiettivo ⁶⁶ mediante una politica repressiva, e a tratti di dubbia costituzionalità, tale disciplina si pone come una delle più evidenti deroghe alla regola generale di cui all'art. 85, che impone di considerare non imputabile chi sia privo, al momento del fatto, della capacità di intendere e di volere. È evidente che sia l'alcol che le sostanze stupefacenti incidano decisamente

PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere, ecc.*, cit., p- 69 ss.; 101 ss.; 159 ss.; CRESPI, *Imputabilità*, cit., 778 ss.; BARSOTTI, *In tema di ubriachezza, imputabilità e colpevolezza*, in *Arch. Pen.*, 1975, I, 119; GRIECO, *Ubriachezza volontaria o colposa e titolo di responsabilità*, in *Riv. It.*, 1980, 522; FIANDACA, *Repressione penale dell'ubriachezza, ecc.*, in *Foro it.*, 1982, I, 1788; FORTUNA, *Ubriachezza*, in *Enc. Dir.*, v. XLV, 1992, p. 465 ss; FIORE, *Prospettive dommatiche e fondamento politico-criminale della responsabilità ex art. 92 comma 1° c.p.*, in *Riv. It.*, 1994, 139 ss.; MARINI, *Ubriachezza e intossicazione da stupefacenti*, in *Digesto pen.*, v. XV, 1998, 1 ss.; CRESPI, *Il problema della colpevolezza nell'ubriachezza volontaria e colposa*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1950, 740; FIANDACA, *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, 1788; FIERRO, *Il problema dell'imputabilità nell'ubriachezza patologica*, in *Arch. Pen.*, 1972, II, 143; FLICK, *Droga e legge penale*, Milano, 1979; FORTUNA, *Tossicodipendenza (dir. Pen.)* in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 742; FORTUNA, *Ubriachezza*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 465; MANTOVANI, *Ideologia della droga e politica anti-droga*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1986, 369; MARINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Novissimo dig. It.*, App., IV, 1983, 399; BRICOLA-ISOLERA, *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Padova, 1991, REGINA, *La responsabilità penale per il fatto commesso sotto l'effetto di sostanze psicoattive*, in *Indice penale*, 1987, 273; RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990; VASSALLI, *L'imputabilità del tossicodipendente: rilievi critici*, in *Indice Penale*, 1986, 537.

⁶⁵ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 535

⁶⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, cit., p. 641: “(...) esistono nel nostro codice varie norme che sono destinate a combattere l'alcoolismo. Si tratta delle disposizioni contenute negli artt. 686-691 c.p., le quali contemplano, come illecito amministrativo o contravvenzione, oltre il fatto stesso dell'ubriachezza (Art. 688 c.p.: “1. Chiunque, in un luogo pubblico è colto in stato di manifesta ubriachezza è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquantuno euro a trecentonove euro. 2. La pena è dell'arresto da tre a sei mesi se il fatto è commesso da chi già ha riportato una condanna pe delitto non colposo contro la vita o la incolumità individuale. 3. La pena è aumentata se l'ubriachezza è abituale”), la fabbricazione e il commercio abusivi di bevande alcoliche, il consumo delle bevande stesse in tempo di vendita non consentita, la somministrazione delle medesime a minori o a infermi di mente oppure a persone in stato di manifesta ebrietà e la determinazioni in altri dello stato di ubriachezza”

sulla capacità di intendere e di volere, ma nel caso in cui un soggetto compia un reato, l'imputabilità non viene esclusa.⁶⁷

Il legislatore infatti riconduce l'esclusione dell'imputabilità solamente a due situazioni (ubriachezza o intossicazione da stupefacenti incolpevole, e intossicazione cronica da sostanze alcoliche o stupefacenti), mentre in tutte le altre ipotesi il soggetto verrà ritenuto imputabile in virtù di una vera e propria *fictio iuris*⁶⁸, che il legislatore predispone al fine di combattere con energia la piaga sociale dell'alcolismo (e anche della stupefazione)⁶⁹.

Per mezzo di questa "finzione giuridica" si considera imputabile un soggetto che in realtà non lo è perché sprovvisto della capacità di intendere e di volere⁷⁰.

In passato, per risolvere i contrasti sorti intorno a tale fattispecie, ci si è avvalsi, anche in tale caso, dell'istituto dell'*actio libera in causa* di cui all'art. 87 c.p. : si è sostenuto che l'imputabilità andasse accertata al momento in cui il soggetto si è posto in stato di ubriachezza o stupefazione, e che quindi il reato dovrebbe risultare doloso o colposo a seconda che il soggetto si sia posto volontariamente o meno in tale stato.⁷¹ Su tale filone interpretativo si è indirizzata la Corte costituzionale con sentenza n. 33/1970⁷², ma ciononostante tale teoria

⁶⁷ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, 3° edizione, 2015, p.431

⁶⁸ Ibidem. V. anche MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, 37 ss. Si ritiene imputabile un soggetto che non lo è.

⁶⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 636: "E' fuori dubbio che l'uso eccessivo dell'alcool determina gravi perturbazioni nello stato della mente, alterando od attenuando il senso critico dell'uomo e determinando l'irregolare funzionamento dei freni inibitori. Il nostro codice, peraltro, nel disciplinare l'ubriachezza si è ispirato a criteri di notevole severità (...)".

⁷⁰ MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997, 37 ss.

⁷¹ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 536

⁷² La Corte viene chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 1°, in riferimento alla violazione del principio di uguaglianza (parificazione del soggetto ubriaco al soggetto pienamente capace di intendere e di volere) e del principio della personalità della responsabilità penale che viene messo in discussione dalla *fictio iuris*. La Corte ha imputato la responsabilità dell'ubriaco al momento in cui si è posto in stato di incapacità, richiamando lo schema dell'*actio libera un causa*. Vedi anche: AMATO, *Gli ubriachi e la Corte Costituzionale*, in *Qualegiustizia*, 1970, 86; C. Cost., 2 marzo 1970, n. 33, in *Giust. Civ.*, 1970, 445 ss.; C. Cost. 4 marzo 1970 n. 33, in *Foro it.*, 1970, I, 1024.

non è andata esente da critiche e altra parte di dottrina e giurisprudenza privilegiano un accertamento del coefficiente soggettivo valutato in riferimento al momento della commissione del fatto.⁷³

Il sistema codicistico prende in primo luogo in considerazione il caso del reato commesso sotto l'effetto dell'alcool, per poi estendere la disciplina dell'ubriachezza anche all'assunzione di sostanze stupefacenti (artt. 93, 94, comma 3 e 95 c.p.)⁷⁴

Una delle situazioni alle quali il legislatore riconduce l'esclusione dell'imputabilità, seppur muovendosi nell'ambito di un reato commesso da un soggetto ubriaco, è disciplinata dall'art. 91 c.p. : “1. *Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità di intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o forza maggiore.* 2. *Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, la pena è diminuita*”⁷⁵.

Tale ipotesi è definita solitamente dalla dottrina “accidentale”⁷⁶, “involontaria”⁷⁷ o “incolpevole”⁷⁸, e necessita che il soggetto non

⁷³ BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 205 ss.; FIANDACA MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5° ed., Bologna, 2002, 300. Altra parte della dottrina ritiene che l'atteggiamento soggettivo debba essere valutato, per quanto attiene all'imputabilità, nel momento in cui ci si pone in stato di incapacità. Per quanto riguarda invece il dolo e la colpa, bisognerebbe guardare il momento della commissione del fatto. Ciò sul presupposto, non pacifico (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 6° ed., Bologna, 2010, 332, ss.; 342 ss; FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto ed aberratio ictus*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 172 ss.; ma già BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 15 ss.) che sia possibile rintracciare dolo e colpa in soggetti non imputabili (PULITANÒ, *Diritto penale, parte generale*, 3 ed., Torino, 2005, 420 ss.). In realtà tali norme per essere conformi al principio di colpevolezza, dovrebbero richiedere un doppio dolo: al momento di commissione del fatto, e prima ancora al momento in cui ci si pone in stato di incapacità (PULITANÒ, cit., 421 ss.)

⁷⁴ A. MANNA, *Corso di diritto penale (parte generale)*, Cedam, 3° edizione, 2015, p.432

⁷⁵ <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-iv/capo-i/art91.html>

⁷⁶ PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere del sistema penale italiano*, Milano, 1964, 69.

⁷⁷ CRESPI, *Imputabilità (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 763

⁷⁸ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 320.

abbia voluto ubriacarsi, ma anzi che sia caduto in stato di ebbrezza senza sua colpa⁷⁹, ovvero per “caso fortuito o forza maggiore”. In dottrina è stato evidenziato come in caso di intossicazione derivata da caso da caso fortuito o forza maggiore si possa riscontrare una corrispondenza tra situazione naturalistica del soggetto e regolamentazione normativa dell'imputabilità. Sotto il profilo probatorio⁸⁰, pur spettando all'accusa l'onere della prova, essa non va ricercata se non quando l'interessato ne abbia offerto adeguati elementi indicativi, con criticabili ripercussioni a danno dell'imputato.⁸¹

Si tratta di casi quasi scolastici, derivanti da un fatto imprevedibile o incalcolabile (ad es. lo scambio, per errore scusabile, dell'alcol puro per una bevanda innocua), o da un'energia esterna (ad es. l'ubriacatura di un operaio di una distilleria che ha inalato vapori alcolici sprigionatisi a seguito di un guasto ad un impianto)⁸², che sono tanto improbabili da trovare un'applicazione giurisprudenziale pressochè inesistente, anche a causa del principio giurisprudenziale⁸³ in virtù del quale il caso fortuito o la forza maggiore andrebbero provati dal reo con certezza.

Per quanto riguarda la compromissione dei processi intellettivi e volitivi conseguenti alla reazione dell'alcool con i farmaci, la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività dell'art. 91 solo nel caso in cui entrambe le sostanze siano state ingerite per caso fortuito o forza maggiore.⁸⁴

⁷⁹ Cass., 17 ottobre 1996, Giusta, CED 162587

⁸⁰ Vedi Cass. Pen., Sez. VI, 11 aprile 1980 in *Cass. Pen.*, 1980, 706.

⁸¹ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, cit., p. 536

⁸² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 824

⁸³ Cass. Sez. VI, 23 maggio 1986 : “L'ubriachezza accidentale rappresenta un'ipotesi eccezionale rispetto all'ubriachezza volontaria o colposa, sicchè la prova del caso fortuito o della forza maggiore deve essere certa come, in genere, per tutte le cause idonee ad escludere o diminuire l'imputabilità che sia prescritta dalla legge”

⁸⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 824. V. Cass, 20 febbraio 1986, Rossini, CED 174136: “(...)unicamente allorquando entrambe le componenti integranti, e quindi anche ciascuna di esse, siano accidentali, ossia derivate da caso fortuito o forza maggiore”.

L'altra situazione relativa all'utilizzo di alcol o stupefacenti alla quale il legislatore riserva la possibilità di porsi come causa di esclusione dell'imputabilità è la c.d. "cronica intossicazione da alcool o da sostanza stupefacenti"⁸⁵ regolata all'art. 95 c.p.: "Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89".

È l'ultimo stadio dell'alcolismo⁸⁶: non si hanno disturbi temporanei, ma un vero disfacimento della psiche, con profonde deturpazioni mentali di carattere definitivo⁸⁷ (fra le quali le più notevoli sono il

⁸⁵ BATTAGLINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. VIII, 1962, 978; BRUNO, *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Enc. Del diritto*, v. XI, 1962, 432; CERQUETTI, *Elemento psichico del reato e stupefazione volontaria o colposa*, in *Arch. Pen.*, 1977; II, 229; MARIANI, *Alcoolismo (disciplina legislativa)*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, v. I, 1980, 223; STRIANI, *Legislazioni e alcoolismo*, in *giust. Pen.*, 1982, I, 279; MARINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Novissimo Digesto Italiano, Appendice*, v. IV, 1983, 399; MUCCIARELLI, *Alcoolismo (contravvenzioni)*, in *Digesto pen.*, v. I, 1987, p. 71; GRANONE, *Tossicodipendenza e alcoolismo*, Torino, 1988; Per i profili medico-legali: MACCHIARELLI-JAPICHINO, *Aspetti medico-legali dell'alcoolismo*, in *Zacchia*, 1984, 2; DE VINCENTIIS-BAZZI, *La valutazione medico-legale e l'inquadramento della tossicomania*, Milano, 1960; INTRONA, *L'imputabilità del tossicodipendente* in *RIML*, 1981, 1073; LATAGLIATA-PIOLETTI, *Considerazioni su imputabilità e trattamento del tossicodipendente*, in *RPo*, 1986, 705; LEGGETI, *Tossicodipendenza e imputabilità*, in *Rass. Pen. E crim.*, 1983, 771; MADIA, *In tema di ubriachezza abituale e cronica intossicazione da alcool, con riferimento agli articoli 94 e 95 del codice penale*, in *RSP*, 1958, 17

⁸⁶ Cass. N. 902/1982: La cronica intossicazione da alcool rappresenta lo stadio conclusivo dell'alcoolismo, caratterizzato da un impulso, ripetitivo e condizionante tutto il comportamento del soggetto, all'assunzione di sostanze alcoliche e da stabili perturbazioni di ordine fisico, specie nel campo somatico viscerale e vasale neurologico e psicologico, con alterazioni mentali progressive, profonde e definitive, sino allo sfacelo della personalità psichica, per cui l'individuo è, secondo le risultanze biologiche, un malato di mente, e la sua capacità, sotto l'aspetto giuridico, è permanentemente, secondo i casi, o esclusa o grandemente scemata.

⁸⁷ MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, Cedam, 2011, p. 669-670: "Nell'intossicazione cronica i fenomeni tossici sono (...) stabili, persistendo anche dopo l'eliminazione dell'alcol assunto, sicchè la capacità può essere permanentemente esclusa o grandemente scemata". Così: Cass. 29 gennaio 1988 in *Cass. Pen.*, 1989, 209; 18 maggio 1988, *ivi*, 1989, 804; 19 gennaio 1989, in *Riv. Pen.*, 1989, 792. E per la cronica intossicazione da stupefacenti: Cass. 29 ottobre 2002, *ivi*, 2004, 2400: "Affinchè si possa ritenere esclusa o diminuita la imputabilità dell'agente, l'intossicazione da sostanze stupefacenti deve essere caratterizzata dalla permanenza e dall'irreversibilità e, cioè, da condizioni psichiche che permangono indipendentemente dal rinnovarsi dell'assunzione o meno di sostanze stupefacenti, condizioni che, in ogni caso, debbono essere valutate con riferimento al momento in cui il fatto-reato è stato commesso; 16 dicembre 2002, *ivi*, 2004, 2400. Anche la Corte Costituzionale, con sent. n. 114 del 16 aprile 1998:

*delirium tremens*⁸⁸, la psicosi alcoolica di Korsakoff⁸⁹ e la paranoia alcoolica⁹⁰), che possono, secondo le risultanze delle scienze biologico che, far equiparare l'alcolizzato ad un malato di mente⁹¹. Ed

“Per potersi correttamente invocare lo stato di intossicazione cronica occorre una alterazione non transitoria dell'equilibrio biochimico del soggetto tale da determinare un vero e proprio stato patologico psicofisico dell'imputato e, dunque, una corrispondente e non transitoria alterazione dei processi intellettivi e volitivi. Ciò significa che l'accertamento dell'imputabilità viene fatto ruotare attorno ad un concetto di “infermità” necessariamente riconducibile, sul piano gnoseologico, ai mutevoli contributi dell'esperienza clinica”.

⁸⁸ Il termine “*delirium tremens*” fu utilizzato per la prima volta nel 1813, ma i suoi sintomi sono stati descritti fin dal 1700. È uno stato confusionale che solitamente è causato dall'astinenza da alcool in soggetti affetti da alcolismo cronico. Avviene circa dopo tre giorni dall'inizio dell'astinenza e dura generalmente per due o tre giorni. Gli effetti fisici comprendono tremore, brividi, sudorazione e battito cardiaco irregolari. Può capitare che le persone colpite da *delirium tremens* vedano o sentano cose che gli altri non percepiscono. L'astinenza da alcool è una delle condizioni più pericolose tra le astinenze delle varie droghe. Il *delirium tremens* generalmente colpisce solo i soggetti che per più di un mese abbiano ingerito quantità di alcool particolarmente elevate, oppure si verifica a causa della brusca interruzione di trattamenti farmacologici a base di benzodiazepine e barbiturici. Si suppone che lo scrittore Edgar Allan Poe sia morto a causa di una crisi di *delirium tremens*, e anche Patrick Branwell Brontë, deceduto dopo un'agonia durata due giorni, si dice abbia tratto la causa della sua morte da un *delirium tremens*, seppur aggravato da bronchite, tubercolosi e rinico abuso di oppio e laudano.

⁸⁹ Chiamata anche “sindrome di Wernicke-Korsakoff”, è una malattia degenerativa del sistema nervoso legata ad una carenza di tiamina, che risulta di raro riscontro nelle comunità civilizzate, ma che compare negli alcolisti (e negli individui con gravi squilibri alimentari). Gli effetti sono: vomito, paralisi dei muscoli retti esterni che determina oftalmoplegia, febbre, atassia e decadimento delle facoltà mentali che talvolta può essere talmente grave da portare ad uno stato comatoso o addirittura alla morte. Si possono verificare allucinazioni e confabulazione (riempimento dei vuoti di memoria con produzioni fantastiche deliranti). Le strutture che vengono lese da questa sindrome sono: i corpi mammillari, l'ippocampo, le regioni frontali e il nucleo medio-dorsale del talamo.

⁹⁰ Definita anche “sindrome di Otello” (dalla tragedia shakespeariana), si manifesta generalmente nelle persone che soffrono di alcolismo cronico o di disfunzioni sessuali. Il soggetto affetto di paranoia alcoolica, accusa in modo ossessivo o delirante il proprio coniuge o partner di essere infedele, senza avere alcuna prova concreta. Le persone che soffrono di questo disturbo hanno una forte probabilità di incorrere in comportamenti devianti come stalking, sabotaggio o crimini violenti. Il quadro sintomatico comprende effetti simili a quelli della schizofrenia o del disturbo bipolare.

⁹¹ Cass. Pen., sez. III, 8 maggio 2007, n. 35872 : La situazione di tossicodipendenza che influisce sulla capacità di intendere e di volere è solo quella che, per il suo carattere ineliminabile e per l'impossibilità di guarigione, provoca alterazioni patologiche permanenti, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un'azione strettamente collegata all'assunzione di sostanze stupefacenti, tali da fare apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte a una vera e propria malattia psichica; Cass. Pen., Sez. VI, 16 maggio 1999, n. 7885: Per escludere (o diminuire) l'imputabilità, l'intossicazione da sostanze stupefacenti non solo deve essere cronica (cioè stabile), ma deve produrre un'alterazione psichica permanente, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un'azione

è per questo che il legislatore ha previsto l'allargamento della disciplina degli artt. 88 e 89 c.p.⁹², fornendo una coincidenza tra realtà naturalistica e disciplina normativa⁹³.

Pur non sussistendo un vero e proprio onere della prova gravante sull'imputato, spetterebbe comunque a questo l'onere di allegare documenti o comunque elementi attestanti il proprio stato di intossicato cronico⁹⁴.

Differente dall'intossicazione cronica⁹⁵ è la c.d. "ubriachezza abituale", disciplinata dall'art. 94, comma 1°, del codice penale: "*Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata. Agli effetti della legge penale è considerato ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcoliche e in stato frequente di ubriachezza*".

In questo caso il legislatore si è posto in insanabile contrasto con il principio di colpevolezza: non solo ricorre ad una *fictio iuris* per ritenere imputabile chi in realtà dal punto di vista naturalistico è privo della capacità di intendere e di volere, ma prevede anche un aumento di pena, fondata sull'idea di punire una "colpevolezza per la condotta

strettamente collegata all'assunzione di sostanze stupefacenti; lo stato di tossicodipendenza non costituisce, pertanto, di per sè, indizio di malattia mentale o di alterazione psichica.

⁹² ANOLISEI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, cit., pp. 640-641

⁹³ MANNA, *L'imputabilità del tossicodipendente: rilievi critici*, in *Riv. It. med. Leg.*, 1986, 1027.

⁹⁴ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 544. V. Cass. Pen., Sez. IV, 18 aprile 1995, n. 5924, in *Codice penale commentato*, 717: Anche nel giudizio abbreviato in fase di appello, l'accertamento dell'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere del soggetto, costituisce una verifica doverosa per il giudice, riguardando un presupposto necessario in mancanza del quale nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, e non è, quindi, riconducibile al concetto di acquisizione di nuove prove, per cui esisterebbe la preclusione rappresentata dalla particolarità del rito prescelto, connotato dalla decisione allo stato degli atti. (Nella fattispecie l'imputato aveva sostenuto di essere stato, al momento del fatto, in stato di semiincoscienza dovuto all'etilismo cronico di cui era affetto)

⁹⁵ Cass. N. 902/1982: La cronica intossicazione da alcol si differenzia dalla semplice ubriachezza abituale perché determina un processo patologico permanente, non collegato necessariamente all'eccessiva ingestione di sostanze alcoliche.

di vita”, di vaga ispirazione nazional-socialista, che appare una variante della colpa d'autore⁹⁶.

Questa fattispecie è stata poi criticata dalla dottrina, che non è riuscita concepire come un ubriaco abituale possa non ritrovarsi in quella situazione patologica di intossicazione perdurante richiamata dall'art. 95 c.p.⁹⁷. Inoltre, si è dimostrato come negli etilisti abituali si ha un graduale cedimento dei freni inibitori e una labile capacità di resistenza al bisogno di alcol, per non considerare anche il fatto che il codice, con evidente contraddizione, prevede la casa di cura e custodi anche per gli abituali⁹⁸.

Un'altra situazione in cui il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere un aumento di pena, è quello dell'*ubriachezza preordinata*, disciplinata dal legislatore all'art. 92, comma 2°, c.p.: “*Se l'ubriachezza era preordinata a fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata*”.

Si tratta di un'ubriachezza finalizzata al compimento di un reato (ad es. un rapinatore alle prime armi assume cocaina prima del fatto per darsi il necessario coraggio), o a preconstituirsì una scusa. In questa ipotesi non si pongono problemi di colpevolezza: il reato commesso dal soggetto ubriaco era già stato previsto e voluto al momento dell'assunzione della sostanza alcolica (o stupefacente)⁹⁹.

⁹⁶ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 544

⁹⁷ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 543.

⁹⁸ MANTOVANI, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, cit., p. 669: “Alla luce delle attuali conoscenze scientifiche la distinzione è ritenuta (Ponti-Calvanese) fondata e meglio precisabile. L'ubriachezza abituale è la conseguenza dell'*alcoldipendenza*, la quale di per sé non è causa di esclusione o riduzione della capacità di intendere e volere, tale diventando solo quando ha portato ad alterazioni abituali di tipo psicotico e deteriorativo delle funzioni psichiche. E, d'altro canto, la cronica intossicazione, lungi dall'identificarsi con la semplice alcoldipendenza, si ha solo in presenza di siffatte alterazioni psicotiche. Altro problema è se mantenere la figura autonoma, aggravatrice di pena, dell'ubriachezza abituale, per buona parte ispirata all'idea di punire un vizio colpevole”.

⁹⁹ GROSSO-PELLISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale, (parte generale)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 434.

Secondo l'orientamento prevalente¹⁰⁰, si tratterebbe, ancora una volta, di un'applicazione del principio generale espresso dall'art. 87 per le *actiones liberae in causa*, con la sola diversificazione dell'aggravamento di pena, dovuto al rigore con cui è trattata l'ubriachezza nel nostro codice¹⁰¹.

L'ubriachezza preordinata deve essere distinta da quella *volontaria o colposa*, regolata dall'art. 92, comma 1°, c.p.: “L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce la imputabilità.”: infatti, in caso di ubriachezza volontaria o colposa, il soggetto si ubriaca in un primo momento (per il gusto di farlo o per imprudenza o negligenza) per poi commettere un reato non programmato a momento del porsi in stato di ebrezza, invece in caso di ubriachezza preordinata, il soggetto si ubriaca proprio allo scopo di commettere un reato.¹⁰²

È *volontaria* l'ubriachezza che si ha quando il soggetto si è ubriacato intenzionalmente, o ha accettato il rischio di ubriacarsi (ad es. colui che assume una sostanziosa quantità di alcool spinto dal desiderio di dimenticare una delusione amorosa, o di festeggiare una ricorrenza lieta). È invece *colposa* l'ubriachezza di colui che si è ubriacato per negligenza o imprudenza, cioè non voleva ubriacarsi, ma poteva prevedere tale eventualità (ad es. il commensale troppo sicuro sulla propria capacità di sopportare l'alcol).¹⁰³

¹⁰⁰ CRESPI, cit., p. 779; FIANDACA-MUSCO, cit., p. 334

¹⁰¹ MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, p. 669. V. anche CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 541; v. anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.640.

¹⁰² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 826.

¹⁰³ MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, cit., p. 667: “Per comune opinione si tratterebbe di una finzione giuridica di piena capacità di intendere e di volere, considerandosi imputabile un soggetto che non lo è. Il che rende impossibile dare una soluzione corretta all'ulteriore problema relativo al titolo della responsabilità in cui il soggetto incorre in caso di ubriachezza piena. Le risposte offerte non fanno che amplificare le disarmonie della *fictionis iuris* rispetto alle scienze psichiatriche ed al principio della responsabilità personale. Abbandonata è la vecchia tesi per cui il reato è doloso o colposo a seconda che il soggetto si sia ubriacato volontariamente o colposamente: manifesta è la confusione tra l'elemento psicologico dell'ubriachezza e l'elemento psicologico del reato, cose del tutto diverse. Ma artificiosa è la tesi dominante per cui bisogna accertare se l'ubriaco, al momento del reato, ha agito con

In entrambi i casi se il soggetto commette un reato, viene ritenuto imputabile nonostante l'evidente alterazione del suo stato mentale, per il tramite di una *fictio iuris* elaborata dal legislatore per esigenze di politica preventiva.¹⁰⁴

Gli stupefacenti ¹⁰⁵ (oppio, morfina, eroina, cocaina, hascisc, marijuana, crack, ecstasy, ecc.) sono, al pari dell'alcol, una grave insidia nei confronti dei suoi assuntori, perché l'abuso di essi può provocare gravi perturbazioni psichiche.¹⁰⁶

dolo o colpa, cioè ha voluto il fatto o lo ha causato per negligenza, imprudenza (ed. Antolisei, Crespi, Portigliatti Barbos-Marini). Di fronte ad una ubriachezza piena non è possibile né ha più senso la distinzione tra dolo e colpa, in quanto – come già visto – lo stesso giudizio di colpevolezza, la rimproverabilità effettiva, presuppone la normalità psichica. La tesi maschera una forma di responsabilità oggettiva “occulta”.

¹⁰⁴ GROSSO-PELLISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale, (parte generale)*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 433.: ad esempio “risponderà di omicidio colposo colui che, pur essendosi ubriacato volontariamente, si dimentichi di allacciare la cintura di sicurezza del proprio figlioletto e, provocando un incidente stradale per eccesso di velocità, ne cagioni la morte”. Al contrario “colui che abbia colposamente superato i limiti di alcool che poteva sostenere senza problemi, se uccide un passante che lo ha provocatoriamente preso in giro per la sua andatura ondeggiante, risponderò di omicidio doloso”. “Il rispetto del principio di colpevolezza imporrebbe di punire a titolo di dolo l'omicida solo se si è ubriacato con dolo, e se il fatto era quantomeno prevedibile: in tal modo egli avrebbe comunque accettato il rischio di commettere il reato, e vi sarebbe quanto meno un rimprovero riconducibile all'ambito del dolo eventuale. Negli altri casi (ubriachezza dovuta a colpa; ubriachezza volontaria ma in assenza di qualsiasi prevedibilità del fatto di reato poi realizzato sotto l'effetto della sostanza alcoolica o stupefacente) l'imprevedibile canone della colpevolezza imporrebbe una modifica legislativa, alla stregua della quale, in virtù del rimprovero mosso, fosse prevista la responsabilità del reo a titolo di colpa (sempre che il delitto commesso sia punito anche a tale titolo)

¹⁰⁵ Vedi URBINI, *Gli stupefacenti- aspetti medico legali*, Pavia, 1961; BRUNO, *Cronica intossicazione da alcool o da sostanza stupefacenti*, in ED, XI, Milano, 1962, 432; DELOGU, *La problematica giuridica delle tossicomanie*, in Riv. It., 1974, 497; VASSALLI, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in indice pen., 1986; 537; NUVOLONE, *Il tossicodipendente nel quadro del diritto penale*, in *Indice penale*, 1986, 537; MANNA, *L'imputabilità del tossicodipendente: rilievi critici*, in Riv. It. med. Leg., 1986, 1026; ID., *L'uso personale di sostanza stupefacenti e l'imputabilità*, in *diritto penale XII sec*, 2003, 249; REGINA, *La responsabilità penale per il fatto commesso sotto l'effetto di sostanza psicoattive*, in *Indice penale*, 1987, 3; GERUNDA LICATA, *L'incapacità di intendere e di volere determinata dall'azione di sostanze stupefacenti*, in *Trattato di criminologia e psichiatria forense*, XIII, 119; RONCO, *Il controllo penale degli stupefacenti*, Napoli, 1990; MUCCIARELLI, *Alcoolismo*, in Dig., I, 1987, 71; MILITELLO, *Imputabilità e assunzione di stupefacenti fra codice e riforma*, in AA. VV., *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti* (a cura di Bricola e Insolera), Padova, 1991, 139. MANTOVANI, *Ideologie della droga e politica antidroga*, in Riv. It., 1986, 369; ID., *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, ivi, 1999, 1214.

¹⁰⁶ Vedi COLUCCI, *L'imputabilità nel nuovo codice in rapporto alla tossicomania da stupefacenti*, in *Giust. Pen.*, 1936, I, 157; GIOLLA, *In tema di stupefacenti e*

L'art. 93 c.p. estende la disciplina dettata per l'ubriachezza dagli artt. 91 e 92 c.p. anche alla c.d. stupefazione: “*Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti*”.

Questa parificazione legale tra alcol e stupefacenti ha suscitato numerose critiche¹⁰⁷. All'epoca della redazione del codice Rocco, il fenomeno della tossicodipendenza ancora non costituiva un particolare allarme sociale, e anche le conoscenze medico-scientifiche legate al fenomeno della stupefazione erano molto limitate. Nell'epoca attuale invece, il fenomeno degli stupefacenti è una “piaga sociale” più intensa rispetto a quella rappresentata dall'alcolismo, e ciò viene testimoniato dall'elevato numero di reati commessi per procurarsi la sostanza drogante, e dall'esigenza del legislatore di disciplinare la materia degli stupefacenti con leggi speciali. È per questo che ci si chiede se tutt'ora sia valido un trattamento paritetico tra le due fenomenologie.¹⁰⁸

7. Il vizio di mente ¹⁰⁹

parastupefacenti, in *Riv. It.*, 1952, 206; URBINI, *Gli stupefacenti – Aspetti medico legali*, Pavia, 1961; RICCIOTTI, *Gli stupefacenti*, Padova, 1982; PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere*, cit., p. 68 e 159 ss.; REGINA, *La responsabilità penale per il fatto commesso sotto l'effetto di sostanze psicoattive*, in *Indice penale*, 1987, 273; FORTUNA, *Tossicodipendenza (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, v. XLIV, 1992, p. 742 ss.

¹⁰⁷ VASSALLI, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Indice penale*, 1986, 537; MANNA, *L'imputabilità del tossicodipendente: rilievi critici*, 1986, 1026; BARTONE, *Intossicazione da stupefacenti: imputabilità e trattamento penale*, in *Indice penale*, 1971

¹⁰⁸ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale (parte generale – II – il reato)*, Utet, 2013, p. 542

¹⁰⁹ Oltre alla classica manualistica di parte generale, cfr. PONTI e GALLINA FIORENTINI, *Compatibilità tra psicosi e piena imputabilità*, in *Riv. It. med. Leg.*, 1988, 202 ss.; PETRONE, *Handicap psichico e responsabilità penale*, in *Cass. Pen.*, 1988, 2002; BALBI, *Sul controverso problema dell'imputabilità dell'infermo psichico*, in *Foro it.*, 1989, II, 28; BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990; BALBI, *Infermità di mente e imputabilità*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 1991, 844 ss.; CANEPA e MARUGO, *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Padova, 1995; ANTONIOTTI-MARTELLI, *Considerazioni giuridiche e medico-legali sull'imputabilità del soggetto epilettico*, *Zacchia*, 1986, 247; BANDINI-LAGAZZI, *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà europea contemporanea: l'imputabilità del*

Il vizio di mente nel sistema dell'imputabilità è disciplinato dal legislatore agli artt. 88 e 89 c.p., che disciplinano rispettivamente il vizio *totale* (che si ha quando lo stato di mente è tale da escludere la "capacità di intendere o di volere") ed il vizio *parziale* (che si ha quando la capacità non è esclusa, ma diminuita).¹¹⁰

sofferente psichico autori di reato, Questioni sull'imputabilità, a cura di Ceretti e Merzagora, Padova, 1994, 41; BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.* 850; BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistic del controllo sociale a quello funzionalgarantista*, in *ind. Pen.*, 1998, 366; BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.* 2001, 850; BERTOLINO, *Profili vecchi e nuovi dell'imputabilità penale e della sua crisi*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 1988, 202; BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *riv. It. dir. Pen. proc.*, 1981, 190; BRUNO-COSTANZO-CALABRESE, *Il quadro clinico del disturbo antisociale di personalità*, in *riv. It. crim.*, 2001, 9; CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 2005, 247; COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 2008, 1170; COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento, e prospettive*, Torino, 2007; CRESPI, voce *Imputabilità (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970, 764; CUMAN-FONTANA-MERZAGURA BETSOS, *Cleptomania, disturbi dell'alimentazione e imputabilità*, in *riv. It. med. Leg.*, 2002, 35; DE FAZIO-LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica, Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di Canepa-Marugo, Padova, 1995, 107; FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988; GIRAUD-ROCCO-SCLAFANI-TRAVERSO, *L'imputabilità dei soggetti con disturbo della personalità: una prospettiva biocriminologica*, in *Riv. It. crim.*, 2002, 305; INFANTE, *Il lucido delirio e il futile motivo: note in tema di imputabilità*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 2000, 1566; MANNA, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Riv. It. crim.*, 2000, 327; PAVAN, *Sui rapporti tra la disciplina dell'imputabilità e nosografia psichiatrica*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2003, 659; RIZZO-PANNAIN, *L'imputabilità nei soggetti affetti da furor epilepticus*, in *Riv. It. crim.*, 2000, 269; TANDURA-TONION, *Difesa legittima putativa, errore e vizio parziale di mente*, in *Riv. Pen.*, 1999, 1127; VIRGILIO, *Della imputabilità, Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da Bricola-Zagrebelsky, Torino, 1996, 411; ZARA, *Neurocriminologia e giustizia penale*, CP, 2013, 822.

¹¹⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 681: "È compito non del giurista, ma delle scienze psichiatriche accertare se sussista il vizio totale o parziale di mente. A questo proposito non possono mai valere indicazioni di carattere generale, dovendosi caso per caso indagare, con criterio clinico, sulla natura della persona e dei meccanismi psichici e psicopatologici messi in atto in ogni fattispecie. Tuttavia, pur se a titolo indicativo, si può dire che comportano in genere il vizio totale e le psicosi più gravi, mentre le oligofrenie, a seconda del grado, possono essere compatibili con l'imputabilità piena, ovvero possono configurare le ipotesi del vizio parziale od anche totale. Le nevrosi possono comportare anche una riduzione della capacità di intendere e di volere, ma pressochè mai la perdita, e molto spesso sono compatibili con l'imputabilità piena. Particolarmente difficile è la valutazione di certe deviazioni psicopatiche (reazioni e personalità psicopatiche), alle quali non è sempre agevole riconoscere il carattere di infermità, trattandosi più che di malattie di semplici "varianti" dell'essere psichico, come tali penalmente irrilevanti. Solo nelle forme più gravi può riconoscersi, al più, il vizio parziale. Nel giudizio sulle

Entrambi gli articoli prendono in considerazione il “vizio di mente”, intendendo uno stato mentale, scaturente da infermità (fisica o psichica), che esclude o diminuisce la capacità di intendere e di volere.¹¹¹

Ciò vuol dire che l’infermità da prendere in considerazione non è un’infermità di per sé considerata, ma solo quell’infermità che abbia causato uno stato di incapacità di intendere o di volere, o uno stato di capacità ridotta. E di conseguenza può essere rilevante anche un’infermità o malattia *fisica* (come ad es. una commozione cerebrale, disturbi mentali organici dovuti a fattori tossinfettivi, squilibri metabolici, ipoglicemie, epatopatie, nefropatie, tossicosi, carenze vitaminiche, fasi post-critiche dell’epilessia, fenomeni post-commotivi, disendocrinie, vasculopatie, disturbi circolatori)¹¹² quando sia andata ad incidere sulla capacità di intendere o di volere.

Al contrario, può darsi che una malattia mentale nosograficamente riconosciuta, non andando ad escludere o a scemare la capacità di intendere o di volere al momento della commissione del reato, non sia rilevante ai fini dell’imputabilità.

È infatti necessario che venga effettuata una valutazione dell’infermità in concreto, *al momento della commissione* del fatto.¹¹³

personalità psicopatiche si dà, inoltre, molto rilievo alla natura e modalità esecutive del reato commesso, onde stabilire l’effettivo rapporto tra la forma psicopatica e il determinismo dell’azione delittuosa. In genere la giurisprudenza, mentre ritiene che le psicosi escludano, totalmente o parzialmente, la capacità di intendere e di volere, tende a negare rilevanza, come tali, alle nevrosi, alle psicopatie, alle anomalie del carattere e del sentimento, alle perversioni sessuali e ad ogni anormalità, non conseguente ad uno stato patologico clinicamente accertato”. V. Cass., 12 luglio 1989, in *Cass. Pen.*, 1991, 204; 1 gennaio 1990, *ivi*, 1992, 307; 4 aprile 1991, *ivi*, 1992, 3040; 3 marzo 1993, *ivi* 1994, 2074; 29 ottobre 1993, *ivi*, 1995, 562. Per la rilevanza, nel caso in cui per la loro gravità diano luogo ad uno stato patologico che esclude o riduce la capacità: Cass. Maggio 1986, in *Cass. Pen.*, 1987, 1335; 15 dicembre 1986, *ivi*, 1988, 601; 4 luglio 1987, *ivi*, 1988, 2075.

¹¹¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, (parte generale)*, cit., pp. 627-228

¹¹² Cass. 21 gennaio 1949; in *Giust. Pen.*, 1950, II, 246 e 610 (nota Ondei); 13 marzo 1956, in *Riv. It.*, 1956, 379; 29 novembre 1957, in *Riv. Pen.*, 1958, II, 14; 28 maggio 1969, in *Giust. Pen.*, 1971, III, 61.

¹¹³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 679. Vedi Cass. 5 ottobre 1982, in *Cass. Pen.*, 1984, 1119; 16 marzo 1982, in *Giust. Pen.*, 1983, II, 41; PONTI-GALLINA FIORENTINA, *Compatibilità tra psicosi e piena imputabilità*, in *Riv. It. med. Leg.*, 1982, 105.

Proprio in ragione di ciò sono rilevanti anche quelle infermità di carattere parziale, temporaneo o transitorio.¹¹⁴

Il legislatore con il termine “infermità”, ha inteso circoscrivere la rilevanza dell’incapacità alle sole situazioni patologiche, clinicamente accertabili. Oggi, in seguito alla relativa evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, si può dire che tale proposito non sia più valido: si è infatti esteso il significato di “infermità” anche a quelle situazioni morbose, non definibili clinicamente, che abbiano però inciso sulla capacità di intendere e di volere¹¹⁵. La *ratio* delle norme sull’imputabilità è infatti quella di escludere o diminuire la stessa in tutte quelle situazioni in cui siano notevolmente compromesse le facoltà intellettive e volitive.¹¹⁶

¹¹⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 678. “Rispetto alle malattie mentali con manifestazioni intervallate, quale l’epilessia, in cui ai periodi c.d. accessuali di alterazione mentale si alternano periodi di c.d. lucidità, si è posto il problema se sia o non sia imputabile il soggetto che commette in fatto nel c.d. lucido intervallo. Poiché il malato di mente, anche se si trova in un periodo di lucidità resta sempre affetto dalla malattia mentale durevole, è a questa che deve guardarsi per vedere, caso per caso, se ed in che misura la sua incidenza sull’intera psiche influisca sulla capacità di intendere e di volere. Non è per ciò solo imputabile, ad es., l’epilettico che delinque fuori dagli accessi convulsivi: lo sarà se il reato è stato compiuto in una fase intervallare libera da disturbi di natura patologica, mentre sarà totalmente o parzialmente inimputabile se il reato, pur se compiuto in fase intervallare, è espressivo di alterazioni di tipo psichiatrico”. V. DI TULLIO, *Imputabilità ed epilessia*, in *Giust. Pen.*, 1955, I, 107; GOPCEVICH-TUVO, *Problemi penalistici dell’epilessia*, in *Arch. Pen.*, 1965, I, 432; FORNARI, *Compendio*, 123. Per l’imputabilità diminuita nei periodi lucidi ed esclusa negli stati accessuali: Cass. 26 novembre 1966, in *Cass. pen.*, 1967, 942; 21 gennaio 1970 in *Giust. Pen.*, 1971, II, 160. Per l’accertamento caso per caso nei periodi intervallari; Cass., 14 febbraio 1962; 1962, in *Cass. Pen.*, 1962, 622; 6 aprile 1965, ivi 1966, 70; 25 gennaio 1978, ivi 1979, 557; 11 gennaio 1984, ivi 1985, 1543. Per l’imputabilità: Cass. 17 marzo 1964, in *Giust. Pen.*, 1964, II, 903; 6 ottobre 1992, n. 192.832. V. ANTOLISEI, cit., “(...) non occorre che tale stato sia permanente: basta che abbia le caratteristiche della malattia, la quale per sua natura ha un decorso variabile, potendo progredire o regredire, aggravarsi o guarire”.

¹¹⁵ Cass. 14 febbraio 1977, in *Cass. Pen.*, 1978, 680; 25 febbraio 1978, ivi 1979, 557; 23 febbraio 1982, ivi, 1983, 1126; 19 febbraio 1984, ivi 1985, 881; 29 novembre 1984, ivi, 1986, 739; Sez. Un., 25 gennaio 2005, ivi 2005, 1851 e 19 luglio 2008 in *St. iur.*, 2008, 1330 (sui gravi disturbi della personalità, da nevrosi e psicopatie); 12 novembre 2009, in *St. iur.*, 2010, 701 (per gravi disturbi della personalità, se incidenti sulla capacità e causa determinante del reato). Per l’irrelevanza delle anomalie caratteriali e le disarmonie della personalità, non dovute a stato patologico: Cass., 22 aprile 1997, ivi, 1998, 1109; 25 marzo 2003, ivi 2004, 2007; 23 marzo, 2004, ivi, 2005, 2985.

¹¹⁶ *Ibidem*.

L'art. 88 stabilisce che: “Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere”. La norma in esame risponde alla *ratio* di tutelare quei soggetti che a causa della loro totale infermità, sia fisica che psichica, al momento della commissione del fatto erano privi della capacità di intendere e di volere.¹¹⁷

¹¹⁷ Sentenze rilevanti provenienti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-iv/capo-i/art88.html>: Cass. n. 48841/2013 : “In tema di imputabilità, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, possono rientrare nel concetto di “infermità” anche i disturbi della personalità o comunque tutte quelle anomalie psichiche non inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o facendola scemare grandemente, e sussista un nesso eziologico tra disturbo mentale e condotta criminosa, mentre nessun rilievo deve riconoscersi ad altre anomalie caratteriali o alterazioni o disarmonie della personalità prive dei caratteri predetti, nonché agli stati emotivi e passionali che non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di infermità. (Fattispecie relativa a disturbo dell'adattamento dipendente da una situazione psichica riconducibile alla condizione lavorativa e compatibile con lo stress da mobbing, ritenuto però non incidente sulla carenza di lucidità e sulla consapevolezza delle azioni delittuose commesse)”; Cass. n. 34785/2011: “In tema di capacità di intendere e di volere, il mero dato anagrafico dell'età avanzata (nella specie ottanta anni) e la presenza di momentanei “deficit” mnemonici non possono costituire, di per se stessi, indici di assenza o riduzione di detta capacità, tali da dar luogo alla necessità di perizia psichiatrica.” ; Cass. n. 17305/2011 : “Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, nessun rilievo può assumere la presenza, in capo all'autore della condotta delittuosa, di un generico stato di agitazione determinato da una crisi di astinenza dall'abituale consumo di sostanze stupefacenti, e non accompagnato da una grave e permanente compromissione delle sue funzioni intellettive e volitive. (In motivazione, la S.C. ha precisato che la su descritta condizione integra gli estremi di uno stato emotivo e passionale, valutabile nella determinazione del trattamento sanzionatorio)”; Cass. n. 37353/2007 : “La concessione delle circostanze attenuanti generiche non è incompatibile con la riconosciuta esistenza di un disturbo della personalità, ancorché non riconducibile allo schema tipico del vizio di mente, in quanto sono diversi i presupposti logico-giuridici delle prime e del secondo, attenendo il disturbo borderline all'imputabilità del soggetto e inerendo, invece, le attenuanti generiche alla valutazione della gravità del fatto-reato.” ; Cass. n. 21867/2007 : “In tema di imputabilità, esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette «abnormità psichiche» come nevrosi d'ansia o reazioni a «corto circuito» che hanno natura transitoria e non sono indicative di uno stato morboso, inteso come ragionevole alterazione della capacità di intendere e di volere, sicché non in grado di incidere sull'imputabilità del soggetto che ne è portatore”; Cass. n. 8282/2006 : “In tema di imputabilità, il «disturbo antisociale della personalità» può rientrare nella nozione di infermità e può incidere, escludendola o scemandola grandemente, sulla capacità di intendere e di volere. Quest'ultima può assumere rilevanza autonoma anche in presenza di accertata capacità di comprendere il disvalore sociale della azione delittuosa, solo quando gli impulsi della azione, pur riconosciuta come riprovevole dall'agente, siano tali da vanificare la capacità di apprezzarne le conseguenze. (Fattispecie nella quale l'imputato di furto di una autovettura aveva dedotto di essere affetto da un disturbo della personalità che lo induceva a compiere furti nei cimiteri. I giudici di merito lo avevano condannato escludendo la rilevanza

della pur ipotizzabile incapacità di volere e la Corte ha ritenuto tale motivazione non contraddittoria, osservando che la esistenza di un impulso non può essere considerata come causa da sola sufficiente a determinare un'azione incoerente con il sistema di valori di chi la compie, essendo onere dell'interessato dimostrare il carattere cogente, nel singolo caso, dell'impulso stesso"); *Cass. n. 29106/2001* : "L'accertamento del fatto-reato in tutte le sue componenti, comprese quelle circostanziali, presenta carattere di priorità rispetto a quello dell'imputabilità del soggetto cui il fatto medesimo viene attribuito. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la S.C. ha censurato la decisione del giudice d'appello il quale, investito di gravame proposto dall'imputato avverso sentenza con la quale il medesimo era stato assolto per vizio totale di mente, con applicazione di misura di sicurezza, aveva ritenuto di non poter prendere in esame la richiesta di attenuanti generiche avanzata dall'appellante giacché in tal modo avrebbe indebitamente espresso, in assenza di impugnazione del pubblico ministero, un implicito giudizio di colpevolezza"); *Cass. n. 8076/2000* : "Allorché le conclusioni degli esperti che hanno ricevuto incarico di eseguire perizia psichiatrica sull'imputato (nella specie, in differenti gradi del giudizio) siano insanabilmente divergenti, il controllo di legittimità sulla motivazione del provvedimento concernente la capacità di intendere e di volere deve necessariamente riguardare i criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche: il che equivale a verificare se il giudice del merito abbia dato congrua ragione della scelta e si sia soffermato sulle tesi che ha creduto di non dovere seguire e se, nell'effettuare tale operazione, abbia tenuto costantemente presenti le altre risultanze processuali e abbia con queste confrontato le tesi recepite"; *Cass. n. 7885/1999* : "Per escludere (o diminuire) l'imputabilità, l'intossicazione da sostanze stupefacenti non solo deve essere cronica (cioè stabile), ma deve produrre un'alterazione psichica permanente, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un'azione strettamente collegata all'assunzione di sostanze stupefacenti; lo stato di tossicodipendenza non costituisce, pertanto, di per sé, indizio di malattia mentale o di alterazione psichica"; *Cass. n. 3843/1997*: "L'infermità mentale non costituisce uno stato permanente ma va accertata in relazione alla commissione di ciascun reato; essa non può essere ritenuta sulla sola base di un precedente proscioglimento dell'imputato per totale incapacità di intendere e di volere"; *Cass. n. 3536/1997* : "Il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi. In tal caso — al fine della esclusione o della riduzione della imputabilità — è, comunque, necessario accertare l'esistenza di un effettivo rapporto tra il complesso delle anomalie psichiche effettivamente riscontrate nel singolo soggetto e il determinismo dell'azione delittuosa da lui commessa, chiarendo se tale complesso di anomalie psichiche, al quale viene riconosciuto il valore di malattia, abbia avuto un rapporto motivante con il fatto delittuoso commesso"; *Cass. n. 6357/1996* : "Non tutti gli stati di tossicomania, la quale è una dipendenza meramente psichica alla droga, o di tossicodipendenza, che è una assuefazione cronica alla stessa, producono di per sé alterazione mentale rilevante agli effetti di cui agli artt. 88 e 89 c.p., ma solo quegli stati di grave intossicazione da sostanze stupefacenti che determinano un vero e proprio stato patologico psicofisico dell'imputato, incidendo profondamente sui processi intellettivi o volitivi di quest'ultimo"; *Cass. n. 1381/1995* : "Poiché l'imputabilità di cui all'art. 88 c.p. e la capacità di partecipare al processo penale di cui all'art. 70 c.p.p., pur costituendo stati soggettivi accomunati dall'infermità mentale, operano su piani del tutto diversi ed autonomi, non ha alcuna incidenza sull'accertamento della capacità dell'imputato di essere parte e sulla eventuale sospensione del procedimento l'impedimento, derivante dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 425, n. 1, c.p.p., all'adozione, nell'udienza preliminare,

della pronuncia di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, conseguentemente deve considerarsi abnorme, e come tale immediatamente ricorribile per cassazione, il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che disattende la richiesta di accertamenti sulla capacità dell'imputato di parteciparvi, argomentando che il difetto di imputabilità può essere dichiarato solo dal giudice del dibattimento: tale rifiuto incide infatti su uno dei fondamentali e indefettibili presupposti richiesti dalla legge ai fini della costituzione e dello svolgimento del rapporto processuale, il cui cardine è rappresentato dal fatto che esso deve necessariamente far capo ad un soggetto capace di partecipare coscientemente al processo, come premessa essenziale della possibilità di autodifesa e quale garanzia del «giusto processo» presidiata dall'art. 24 della Costituzione»; *Cass. n. 3240/1994* : “In tema di imputabilità di persone concorrenti nel reato, accertata la piena capacità di intendere e di agire di ciascun singolo imputato, non è corretto dedurre la seminfermità di mente dall'intreccio delle interazioni e dalle influenze reciproche che si verificano in occasione di una azione collettiva. Dal principio che la responsabilità penale è personale (art. 27 Cost.) si desume, in negativo, la impossibilità per il singolo di escludere la responsabilità di un evento conseguente alla sua azione con riferimento a motivi inerenti all'elemento psicologico e alla imputabilità che non siano a lui personalmente ascrivibili. L'art. 86 c.p., che prevede la responsabilità esclusiva di colui che mette altri nello stato di incapacità di intendere e di volere, al fine di fargli commettere un reato, in luogo delle responsabilità di colui che in concreto agisce, passa pur sempre attraverso la non imputabilità (art. 111 c.p.) del soggetto agente, che opera come mero strumento dell'altro con atti materiali privi di qualsiasi nesso psicologico con l'evento a causa della sua incapacità psichica determinata dal terzo. I rapporti tra coagenti nell'azione criminale e le conseguenze di tali relazioni sono disciplinati dal capo III del titolo IV c.p., in tema di concorso di persone nel reato (artt. 112, 114, 115). L'influenza sul singolo dei comportamenti di terzi è considerata dall'art. 62 n. 2 (provocazione) e n. 3 (suggestione di una folla in tumulto). Al di là delle attenuanti previste dal legislatore per tali ipotesi, quali correttivi alla netta chiusura rispetto alla rilevanza degli stati emotivi e passionali operata dall'art. 90 c.p., non è consentito desumere dalle suggestioni di terzi elementi da cui trarre conseguenze in ordine alla imputabilità di un soggetto non ritenuto infermo o seminfermo di mente; *Cass. n. 4954/1993*: “In tema di imputabilità, gli artt. 88 e 89 c.p. postulano una infermità di tale natura e intensità da compromettere seriamente i processi conoscitivi e volitivi della persona, eliminando o attenuando la capacità della medesima di rendersi conto del significato delle proprie azioni e di comprenderne, quindi, il disvalore sociale, nonché di determinarsi in modo autonomo. Le infermità che influiscono sulla imputabilità sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche. Queste ultime sono contraddistinte da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità, come accade invece per il vasto gruppo delle «abnormità psichiche», quali le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere o della sfera affettiva, non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p. Ne consegue che, quando a causa di una situazione conflittuale dovuta a particolari tensioni psichiche si determini un'accentuazione di alcuni tratti del carattere del soggetto, inducendolo, come avviene nelle reazioni «a corto circuito», a tenere una condotta animale, non si può certamente parlare di malattia di mente, sicché la disposizione cui occorre riferirsi è quella di cui all'art. 90 c.p.”; *Cass. n. 3031/1993* : “L'epilessia non costituisce di per sé una malattia che comporti uno stato permanente di infermità mentale nel soggetto; la incapacità di intendere o volere è invece ravvisabile nel momento del raptus, vale a dire allorché il malato è colto da una crisi epilettica che, provocando movimenti e spasmi incontrollabili possa determinare movimenti degli arti e del corpo dei quali il malato, in quel momento, non può rendersi conto”; *Cass. n. 9889/1992* : “L'epilessia non deve essere considerata una

L'infermità rilevante ai fini dell'esclusione dell'imputabilità, è stata nel tempo una nozione che si è posta al centro di numerosi dibattiti scientifici e giuridici, che verranno ripercorsi più avanti. Basti ora sapere che l'attuale nozione di infermità mentale si è liberata dalla sua natura riduttivamente nosografica, per abbracciare una versione più estensiva che comprende non solo le psicosi, ma anche le psicopatie e

patologia tale da causare una permanente deficienza psichica giacché in periodi extra-accessuali il soggetto ha piena capacità di intendere e di volere e conserva lucidità e completa consapevolezza delle proprie azioni”; *Cass. n. 4041/1992* : “Ai fini della sussistenza del vizio di mente, anche nei casi di epilessia conclamata i soggetti che ne soffrono non patiscono alcuna diminuzione delle loro capacità psichiche, al di fuori dei momenti di crisi e al di fuori dei casi in cui, per la gravità e il decorso del male, la personalità e l'integrità psichica del malato ne vengono seriamente incise. (Nella specie si è ritenuta irrilevante la circostanza del pregresso riconoscimento di persone dovuto alla predetta patologia, attesa la diversità di valutazione tra capacità lavorativa e capacità di intendere e di volere)”; *Cass. n. 299/1992* : “Alla stregua degli studi psichiatrici scientifici ormai consolidati, si deve distinguere tra psicosi e psicopatia, l'una considerata vera e propria patologia mentale, tale da alterare i processi intellettivi o volitivi, l'altra da valutarsi alla stregua di una mera caratteropatìa, cioè come anomalia del carattere, non incidente sulla sfera intellettuale o della volontà e, quindi, non tale da annullare o da scemare grandemente la capacità di intendere o di volere”; *Cass. n. 958/1991* : “Gli artt. 88 e 89 del codice penale che disciplinano, rispettivamente, l'infermità totale o parziale di mente, come cause che escludono o diminuiscono notevolmente l'imputabilità, ossia la capacità di intendere e di volere, postulano — secondo il sistema accolto dal codice — l'esistenza di una vera e propria malattia mentale, ossia di uno stato patologico, comprensivo delle malattie (fisiche e mentali), in senso stretto, che incidono sui processi volitivi e intellettivi della persona o delle anomalie psichiche, che seppure non classificabili, secondo precisi schemi nosografici, perché sprovvisti di una sicura base organica, siano tali, per la loro intensità da escludere totalmente o scemare grandemente la capacità di intendere (ossia la capacità del soggetto di rendersi conto del valore delle proprie azioni, e, quindi ad apprenderne il disvalore sociale) e di volere (ossia l'attitudine del soggetto ad autodeterminarsi in relazione ai normali impulsi che ne motivano l'azione e, comunque, in modo coerente con le rappresentazioni apprese) del colpevole”; *Cass. n. 6234/1990* : “L'infermità mentale ex artt. 88 e 89 c.p. presuppone l'esistenza di un vero e proprio stato patologico idoneo ad alterare i processi dell'intelligenza e della volontà con esclusione o notevole diminuzione della capacità di intendere e di volere, sicché esulano da tale nozione sia le anomalie caratteriali non conseguenti ad uno stato patologico, sia uno sviluppo intellettuale non molto progredito, in assenza di fattori patologici”; *Cass. n. 723/1989* : “Stabilire se un soggetto, nei singoli casi, sia nel momento del fatto privo di capacità di intendere e di volere, ovvero abbia la stessa grandemente scemata ovvero lo stabilire se trattasi di soggetto con personalità anormale, costituisce una questione di fatto il cui esame compete istituzionalmente al giudice di merito. Costui deve avvalersi dell'ausilio di perizia psichiatrica ed il suo giudizio si rende insindacabile in sede di legittimità quando si riveli esaurientemente motivato, anche con il solo richiamo alle conclusioni e valutazioni della perizia”; *Cass. n. 11061/1988* : “L'infermità di mente, che esclude o diminuisce la imputabilità, deve sempre dipendere da una causa patologica, produttiva di alterazione dei processi volitivi o intellettivi. La sindrome ansiosa depressiva, invece, in quanto si innesta su una ipermotiva personalità di base, e in quanto è determinata da una esasperazione del rapporto del soggetto con l'ambiente, non è associabile ad alcuna entità nosologica”.

i disturbi della personalità (sempre a condizione che si pongano come cause idonee ad incidere sulla capacità di intendere e di volere)¹¹⁸. Vengono invece esclusi dalla possibilità di incidere sull'imputabilità le "anomalie caratteriali", le "disarmonie della personalità", le "alterazioni di tipo caratteriale", le "deviazioni del carattere e del sentimento", quelle legate alla "indole" del soggetto, e gli stati emotivi e passionali (di cui si dirà di seguito).¹¹⁹

L'art. 89 prende invece in considerazione il vizio parziale di mente: *"Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso, ma la pena è diminuita"*.¹²⁰

¹¹⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 819. Si fa qui riferimento alla sentenza Raso (Cass., SS. UU., n. 9163, 2005): "Gli articoli 88 e 89 non possono esser letti che in stretto rapporto, sistematico e derivativo, con il generale disposto dell'art. 85 c.p., sicchè anche in riferimento alle rigide classificazioni nosografiche della psichiatria ottocentesca di stampo organicistico-positivistico, pertinente è il rilievo di autorevole dottrina, secondo cui, proprio a conferma della maggiore ampiezza del termine 'infermità' rispetto a quello di 'malattia', 'non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo', che lasci integra o meno la capacità di 'poter agire altrimenti', posto che.. solo nei confronti di soggetti dotati di tali capacità può concretamente parlarsi di colpevolezza.. Tanto comporta anche la irrimediabile crisi del criterio della ritenuta necessaria sussumibilità dell'anomalia psichica nel novero delle rigide e predeterminate categorie nosografiche. D'altronde, a tale sostanzialistica esigenza mostrano, talora implicitamente, di fare riferimento tutte quelle decisioni le quali hanno ritenuto che sia essenziale non tanto la rigida classificabilità del disturbo psichico in una specifica categoria nosografica, quanto, invece, la sua attitudine ad incidere, effettivamente e nel caso concreto, (...) sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente".

¹¹⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 820

¹²⁰ Sentenze rilevanti provenienti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-iv/capo-i/art89.html>: Cass. n. 25608/2013 : "La premeditazione può risultare incompatibile con il vizio parziale di mente nella sola ipotesi in cui consista in una manifestazione dell'infermità psichica da cui è affetto l'imputato, nel senso che il proposito coincida con un'idea fissa ossessiva facente parte del quadro sintomatologico di quella determinata infermità"; Cass. n. 15571/2013: "Non sussiste, sul piano astratto, alcuna incompatibilità tra il vizio parziale di mente e la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 1 c.p. in quanto i due particolari motivi (abietti o futili) non costituiscono in sé una costante e diretta estrinsecazione della infermità per la quale la capacità di intendere e di volere può risultare grandemente scemata." Cass. n. 40812/2010: "Il

vizio parziale di mente, attenendo alla sfera dell'imputabilità, è una circostanza inerente alla persona del colpevole ed è pertanto soggetto al giudizio di comparazione, che ha carattere unitario"; *Cass. n. 21405/2009*: "L'attenuante della provocazione è incompatibile con la diminuzione del vizio parziale di mente nei casi in cui vi sia sostanziale coincidenza tra lo stato d'ira e l'infermità mentale o quest'ultima abbia avuto preponderante incidenza sul primo"; *Cass. n. 36190/2007*: "In tema di imputabilità, il disturbo della personalità, per rilevare ai fini del vizio parziale di mente, deve influire concretamente sul motivo e la decisione che conducono alla commissione del reato. Ne consegue che, in relazione a un soggetto che soffre di un disturbo di mancanza di controllo degli impulsi, la valutazione del ruolo della patologia, anche ai fini della determinazione della pena, richiede l'analisi delle condotte poste in essere con riferimento al grado della loro riprovevolezza, morale e giuridica, per stabilire fino a che punto tale valenza possa, anche in un soggetto con diminuite capacità di controllo degli impulsi, esercitare una funzione di freno"; *Cass. n. 19248/2005*: "La diminuzione del vizio parziale di mente è compatibile con una maggiore intensità del dolo, che può giustificare il diniego delle attenuanti generiche in considerazione delle gravi modalità della condotta criminosa"; *Cass. n. 24614/2003*: "In tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità. Ne consegue che esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali"; *Cass. n. 22765/2003*: "In tema di imputabilità, gli articoli 88 e 89 c.p., che disciplinano rispettivamente l'infermità totale e parziale di mente, quali cause che escludono o diminuiscono la capacità di intendere e di volere? postulano l'esistenza di una vera e propria malattia mentale, ossia di uno stato patologico che incide sui processi volitivi e intellettivi della persona oppure di anomalie psichiche che, seppure non classificabili secondo precisi schemi nosografici, perché sprovviste di una sicura base organica, siano tali, per la loro intensità, da escludere totalmente o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere del colpevole. Ne consegue che una condizione di perturbamento psichico transitoria, di natura non patologica, dovuta ad una sindrome ansiosa depressiva, non essendo destinata ad incidere sulla capacità di intendere e di volere, non è in grado di compromettere l'imputabilità dell'imputato"; *Cass. n. 9202/2001*: "In ipotesi di reato commesso da un seminfermo di mente va comunque accertata la sussistenza dell'elemento psicologico, atteso che quest'ultimo non è incompatibile con il vizio parziale di mente, residuando pur sempre, anche nello status di imputabilità diminuita, la capacità di intendere e di volere, la cui diminuzione può avere rilevanza nei reati a dolo specifico, ma non in quelli caratterizzati dal dolo generico"; *Cass. n. 1078/1998*: "In tema di imputabilità, in mancanza di una infermità o malattia mentale, o comunque di una alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica, le alterazioni di tipo caratteriale ed i connessi disturbi della personalità non acquistano rilievo per escludere o ridurre l'imputabilità: l'eventuale difetto di capacità intellettuale e/o volitiva che ne deriva rimane priva di rilevanza giuridica"; *Cass. n. 967/1998*: "Gli stati emotivi o passionali, per loro stessa natura, sono tali da incidere, in modo più o meno massiccio, sulla lucidità mentale del soggetto agente senza che ciò, tuttavia, per espressa disposizione di legge, possa escludere o diminuire l'imputabilità, occorrendo a tal fine un *quid pluris* che, associato allo stato emotivo o passionale, si traduca in un fattore determinante un vero e proprio stato patologico, sia pure in natura transeunte e non inquadrabile nell'ambito di una precisa classificazione nosografica. L'esistenza o meno di detto

fattore va accertata sulla base degli apporti della scienza psichiatrica la quale, tuttavia, nella vigenza dell'attuale quadro normativo e nella sua funzione di supporto alla decisione giudiziaria, non potrà mai spingersi al punto di attribuire carattere di "infermità" (come tale rilevante, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., ai fini della esclusione e della riduzione della capacità d'intendere e di volere), ad alterazioni transeunti della sfera psico-intellettuale e volitiva che costituiscano il naturale portato degli stati emotivi o passionali di cui si sia riconosciuta l'esistenza." *Cass. n. 10422/1997* : "La malattia di mente rilevante per l'esclusione o per la riduzione dell'imputabilità è solo quella medico-legale, dipendente da uno stato patologico veramente serio, che comporti una degenerazione della sfera intellettuale o volitiva dell'agente; di conseguenza deve ritenersi sussistente la capacità di intendere e di volere in un soggetto affetto solo da anomalie psichiche o da disturbi della personalità." *Cass. n. 8972/1997* : "In tema di imputabilità, sussiste compatibilità tra il vizio parziale di mente ed il dolo, poiché i due concetti operano su piani diversi ed è la stessa legge che concepisce la compatibilità del funzionamento dell'intelligenza e della volontà — cui va ricondotto il dolo — con una parziale infermità di mente."; *Cass. n. 2553/1996* : "La circostanza aggravante del motivo futile può essere applicata anche nel caso in cui il colpevole abbia agito in stato di ubriachezza. Infatti ai sensi dell'art. 92 c.p. l'ubriachezza volontaria o colposa non esclude l'imputabilità, di guisa che i motivi che hanno determinato l'ubriaco al delitto debbono essere valutati con criteri analoghi a quelli adottati per la persona normale"; *Cass. n. 5924/1995* : "L'accertamento della capacità di intendere e di volere di chi è affetto da intossicazione cronica da alcool spetta al giudice indipendentemente da ogni onere probatorio a carico dell'imputato, una volta che questi abbia allegato documentazione attestante il suo etilismo cronico"; *Cass. n. 3633/1995*: "Sussiste piena compatibilità logica e giuridica tra ritenuta intensità del dolo e riconoscimento del vizio parziale di mente. Tra la diminuzione del vizio parziale di mente, che attiene alla capacità di intendere e di volere ed all'imputabilità, e la intensità del dolo, considerata come grado rilevante della determinazione a conseguire il proposito criminoso, esiste infatti autonomia concettuale, posto che la prima riguarda la sfera psichica del soggetto ed il momento formativo della volontà, mentre la seconda concerne il momento nel quale la volontà si manifesta e persegue l'obiettivo considerato"; *Cass. n. 4954/1993*: "In tema di imputabilità, gli artt. 88 e 89 c.p. postulano una infermità di tale natura e intensità da compromettere seriamente i processi conoscitivi e volitivi della persona, eliminando o attenuando la capacità della medesima di rendersi conto del significato delle proprie azioni e di comprenderne, quindi, il disvalore sociale, nonché di determinarsi in modo autonomo. Le infermità che influiscono sulla imputabilità sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche. Queste ultime sono contraddistinte da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità, come accade invece per il vasto gruppo delle «abnormità psichiche», quali le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere o della sfera affettiva, non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p. Ne consegue che, quando a causa di una situazione conflittuale dovuta a particolari tensioni psichiche si determini un'accentuazione di alcuni tratti del carattere del soggetto, inducendolo, come avviene nelle reazioni «a corto circuito», a tenere una condotta animale, non si può certamente parlare di malattia di mente, sicché la disposizione cui occorre riferirsi è quella di cui all'art. 90 c.p."; *Cass. n. 8771/1992* : "La premeditazione non è incompatibile con il vizio parziale di mente, in quanto anche un seminfermo di mente può essere capace di concepire un atteggiamento psicologico e volitivo più o meno fermo e di subire, opponendovi una diversa resistenza, valide contropunte al delitto. Anche un seminfermo di mente può essere dunque capace di agire sia con dolo d'impeto che con dolo di proposito, e l'unica ipotesi in cui è riscontrabile incompatibilità tra la circostanza aggravante e la diminuzione è quella in cui la

malattia che provoca la diminuita imputabilità ha diretta incidenza sul processo intellettuale o volitivo, tanto da identificarsi con esso”; *Cass. n. 2268/1992* : “Non sussiste incompatibilità concettuale tra la circostanza aggravante della premeditazione e vizio parziale di mente operando la prima sul piano del dolo ed il secondo sull'imputabilità. Ciò però non esclude che sul piano concreto, si verifichi siffatta incompatibilità tutte le volte che si riscontri che la malattia mentale incida sulle capacità critiche determinando la fissazione dell'ideazione, senza possibilità del sorgere di quel conflitto interiore tra spinte al delitto e contropunte inibitorie, che costituisce il fondamento del maggiore disvalore della condotta e dell'aggravamento di pena. È questo un accertamento di fatto, collegato alla tipologia e gravità della patologia, che sfugge a censure di legittimità quando sia adeguatamente e logicamente motivato”; *Cass. n. 11394/1991* : “La premeditazione è, in linea generale, compatibile con la seminfermità mentale. Il vizio parziale di mente può, tuttavia, portare ad escludere la premeditazione, quando attraverso la disamina e la valutazione critica della perizia psichiatrica e di tutti gli elementi in suo possesso, il giudice accerti che la diminuita capacità di intendere e di volere dell'agente ha influito, in modo determinante, sul modo di essere del suo atteggiamento psicologico, sotto il profilo della consapevole e voluta persistenza nel tempo della volontà criminosa e della sua capacità di comprendere il significato dei propri atti e di superare attraverso la revisione critica e la riflessione, le spinte criminogene, che si identificano con i caratteri e l'essenza dell'infermità, debitamente accertati”; *Cass. n. 3262/1991* : “Il giudice di merito ha il dovere di dichiarare d'ufficio la mancanza di condizioni di imputabilità soltanto quando sia evidente la prova della totale infermità di mente, mentre l'eventuale vizio parziale di mente costituisce una semplice circostanza attenuante che deve essere allegata dall'imputato”; *Cass. n. 16597/1990* : “La diminuzione del vizio parziale di mente, prevista dall'art. 89 c.p., è compatibile con la sussistenza del dolo. Infatti non vi è contrasto fra l'ammettere la seminfermità di mente ed il ritenere provato il dolo — la coscienza e la volontà, cioè, sebbene diminuite — dal momento che è la stessa legge che concepisce la compatibilità del funzionamento dell'intelligenza e della volontà con il vizio parziale di mente”; *Cass. n. 13852/1989*: “Il giudice, una volta accertato l'elemento intenzionale del reato, risultante dalla volontà dell'agente e dalla rappresentazione dell'evento da parte del medesimo, non è tenuto, se l'imputato è seminfermo di mente, ad alcuna particolare indagine sul dolo, che non resta escluso dal vizio parziale di mente. Infatti, mentre quest'ultimo attiene alla imputabilità del soggetto, il dolo rappresenta la volontà del soggetto diretta verso l'evento ed appartiene alla struttura del reato, di cui costituisce elemento attuale ed operante ed attiene alla colpevolezza, la cui analisi presuppone il superamento logico di quella sulla imputabilità e non può ulteriormente essere influenzata da quest'ultima, neppure nell'ipotesi di ridotta capacità di intendere e di volere”; *Cass. n. 13010/1989* : “L'accertamento sull'infermità di mente dell'imputato deve essere compiuto in relazione al fatto concreto addebitato ed al tempo in cui il fatto medesimo è stato commesso. L'indagine già esperita in altro procedimento non è vincolante nel successivo giudizio poiché la malattia precedentemente diagnosticata può essere al momento guarita o attenuata o localizzata ad una determinata sfera di attività”; *Cass. n. 8719/1988* : “Il dolo eventuale — inteso come atteggiamento di accettazione del rischio di un certo risultato — è compatibile con la seminfermità mentale, a meno che non si dimostri in concreto che la malattia incideva su un particolare aspetto di quell'atteggiamento, alterandolo in modo sostanziale”; *Cass. n. 5815/1987*: “Il vizio parziale di mente va considerato come elemento accidentale del reato, e quindi non può essere preso in considerazione dal giudice della impugnazione ove non formi oggetto di uno specifico punto di gravame o non sia, a questo, essenzialmente connesso”; *Cass. n. 1574/1986* : “Nel nostro sistema giuridico — penale il vizio parziale di mente non è incompatibile con l'elemento soggettivo del reato in quanto implicano due concetti operanti su piani diversi: l'uno riconduce alla imputabilità del soggetto, secondo la nozione fornita dall'art. 85 c.p. ossia a una condizione personale il cui contenuto è la capacità di intendere e di volere, l'altro al rapporto tra

La configurazione di una semi-infermità mentale è stata oggetto di accese discussioni scientifiche e giuridiche: vari autori hanno sostenuto che è impossibile considerare un individuo parzialmente sano e parzialmente malato¹²¹, ma l'opinione maggioritaria è favorevole all'ammissibilità di questa forma clinica^{122, 123}.

Il contrasto più spinoso vede contrapposti psichiatri e psicologi da un lato, e giuristi dall'altro. I primi si mostrano contrari all'ammissione di un concetto di semi-infermità mentale, argomentando che un soggetto o è sano o è malato, per cui *tertium non datur*. I penalisti invece, si schierano a favore del riconoscimento di un vizio parziale di mente in funzione di garanzia dell'imputato: la secca alternativa tra sanità e malattia potrebbe far propendere il giudice per la sanità, per ragioni general-preventive. Inoltre, tale alternativa sarebbe da

il volere del soggetto e un determinato atto preveduto dalla legge come reato; consegue che il reato commesso da un seminfermo di mente non si sottrae all'indagine relativa all'elemento soggettivo per accertare se esso sia attribuibile alla sua volontà"; *Cass. n. 3732/1985*: "La seminfermità mentale e le circostanze aggravanti della premeditazione e del motivo abietto o futile operano su piani distinti: l'una (la seminfermità) è aspetto della capacità di intendere e di volere, ossia dell'imputabilità, la quale è a sua volta uno status in base al quale l'autore di un fatto costituente reato è ritenuto responsabile dei suoi atti e quindi soggetto di diritto penale; le altre ineriscono invece al dolo, che è qualificato più intensamente nel caso di persistenza del proposito criminoso, sia in quello di abnormità del movente. Il seminfermo di mente è pertanto capace di nutrire un dolo (o una colpa) di intensità o di grado pari a quello del sano di mente e di persistere nell'intento criminoso, nonché di valutare l'eventuale abnormità o futilità del movente. L'incompatibilità è invece sussistente, quando le menzionate circostanze aggravanti siano espressioni o manifestazioni dell'essenza stessa dell'infermità psichica" *Cass. n. 2079/1985*: "La circostanza aggravante del motivo futile non è astrattamente incompatibile con la diminuzione del vizio parziale di mente, dovendo di volta in volta il giudice del merito accertare la reale incidenza dell'infermità sulla concreta sussistenza del movente, quale causa psichica dell'azione umana al reo imputabile"; *Cass. n. 10811/1984*: "L'aggravante della premeditazione e l'attenuante del vizio parziale di mente non sono in linea di principio incompatibili e quindi possono coesistere, eccetto il caso in cui vi sia identità fra la premeditazione e l'idea fissa ossessiva costituente l'essenza dell'infermità mentale ravvisata, poiché in tal caso non possono sussistere, per motivi patologici, le contropunte morali ed etiche avversanti e bilancianti il proposito delittuoso".

¹²¹ V. FLORIAN, *Trattato*, v. I, p. 557 e gli AA. Ivi richiamati.

¹²² PORTIGLIATTI BARBOS-MARINI, *La capacità di intendere e di volere*, cit., p. 144; GEMELLI, *La responsabilità delle azioni umane dal punto di vista della psicologia e della psichiatria*, in *Contributi del laboratorio di psicologia*, 1944, 213 ss; Cfr. anche JANNITTI PIROMALLO, *I seminfermi di mente*, in *Arch. Pen.*, 1954, I, 40; FASSONE, *Proposta per un diverso trattamento della seminfermità mentale*, in *Riv. It.*, 1976, 581.

¹²³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 631-632.

preferire sia nell'ottica in cui si è posta la giurisprudenza, volta all'allargamento del concetto di infermità mentale anche alle nevrosi e alle psicopatie, sia perché la distinzione tra vizio totale e parziale è riconosciuta anche a livello comparatistico.¹²⁴

Dallo stesso testo dell'art. 89 c.p. si desume che per l'esistenza del vizio parziale di mente non basta la diminuzione della capacità di intendere o di volere, ma occorre che questa sia “*grandemente scemata*”, dovendosi trattare (come dice la Relazione al progetto definitivo) di “*uno stato patologico veramente serio*”.¹²⁵

Va sottolineato che la legge prende in considerazione *il grado* dell'alterazione mentale, e non *l'estensione*¹²⁶.

Inoltre, siccome il vizio parziale di mente non provoca l'esclusione della punibilità, ma solamente una diminuzione della pena, si pone il problema di stabilire fino a che punto esso possa condizionare la colpevolezza e fin dove possono essere compatibili con la seminfermità elementi come le circostanze attenuanti (art. 62 c.p.)¹²⁷

¹²⁴ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale*, cit., p.533. V. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. : “Il vizio parziale di mente è tra le figure più problematiche e discusse della psicopatologia forense e del diritto (...). Giocandosi sulle inesatte ma suggestive espressioni di “semi-infermità” e di “semi-imputabilità”, si è considerato tale vizio una mera finzione giuridica, affermandosi che clinicamente un soggetto è infermo o sano e non può essere mezzo infermo e mezzo sano. Oggi, però, la maggior parte dei penalisti e degli psichiatri ammette che esso – pur essendo non sempre di agevole accertamento – ha un fondamento anche scientifico, esistendo soggetti che possiedono una capacità di intendere e di volere, la quale per cause costituzionali, nevrosi, malattie organiche, ecc., non raggiunge il livello normale. E lo si rivaluta anche come modo per non deresponsabilizzare penalmente il malato, autore di reato. Ma d'altro canto, concordemente si riconosce l'irrazionalità del cumulo della pena e della misura di sicurezza poiché (...) contrasta con la personalità unitaria del reo affetto da vizio parziale di mente”.

¹²⁵ Deve trattarsi, come dichiara la Relazione al Progetto definitivo (n. 102), di uno “stato patologico veramente serio, per evitare che ogni bizzarria di carattere possa dar luogo alla diminuzione di pena stabilita ex art. 89 per questa forma di vizio mentale”. E su ciò insiste anche la giurisprudenza. Si veda, a titolo esemplificativo, Cass. 13 febbraio 1998, in *Riv. It. med. Leg.*, 2000, 336; Id. 20 ottobre 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, 1367; Id., 28 ottobre 1993, ivi 1995, 562; Id 2 aprile 1988, in *Giust. Pen.* 1989, II, 494; Id. 7 luglio 1986, in *Riv. Pen.*, 1987, 687; Id. 8 aprile 1986, ivi 1987, 783; Id. 26 novembre 1984, ivi 1986, 101, *Giur. Costante*.

¹²⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p.

¹²⁷ Art. 62 c.p.: “Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o

e aggravanti (art. 61 c.p.)¹²⁸ del reato. Generalmente è ammessa la coesistenza con le attenuanti generiche (pur escludendosi che la seminfermità possa essere valutata due volte a favore dell'imputato, come circostanza generica e come attenuante specifica).

Per quanto riguarda le circostanze aggravanti, la giurisprudenza è propensa a ritenere compatibile il vizio parziale di mente con

assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza; 4) l'aver nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con la azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.”

¹²⁸ Art. 61 c.p. “Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi abietti o futili; 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento; 4) l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone; 5) l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; 6) l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato; 7) l'aver, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità; 8) l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso; 9) l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto; 10) l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio ; 11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità; 11-bis) l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale; 11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione; 11-quater) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere; 11-quinquies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'art. 572 del c.p., commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza”.

l'aggravante dei “*motivi abietti o futili*” (art. 61, n. 1)¹²⁹, con la “*minorata difesa*” (art. 61, n. 5)¹³⁰, e con la circostanza di “*aver agito con crudeltà*”¹³¹ verso le persone.¹³²

Situazioni del quale si è dibattuto in maniera particolare sono poi la “*premeditazione*”, e la “*provocazione*”.

Per quanto riguarda la prima, le Sezioni Unite ne hanno affermato la compatibilità con il vizio parziale di mente: il seminfermo può agire con dolo, ed è “*meritevole per quel tanto di capacità riconosciutagli del particolare rimprovero dovuto alla persistenza del proposito criminoso*”¹³³. In un secondo momento ne ha poi affermato l'incompatibilità, laddove la premeditazione è “*essa stessa manifestazione tipica della infermità del soggetto*”¹³⁴. In dottrina poi, spesso si respinge l'idea che un soggetto psichicamente non normale possa penalmente farsi carico di un istituto come la premeditazione, poiché la tipica fermezza della progettazione criminosa presuppone la piena capacità dal punto di vista della rimproverabilità giuridica, e perché non è concretamente possibile stabilire se e quando essa stessa non sia una manifestazione dell'anormalità del soggetto.¹³⁵

¹²⁹ I motivi abietti o futili concerne quegli impulsi psichici che inducono il soggetto a tenere una determinata condotta, e che si caratterizzano per essere spregevoli e malvagi, o del tutto sproporzionati rispetto all'azione delittuosa commessa. V. Cass. 8 febbraio 1985, Di Ponio, CED 168808.

¹³⁰ Il n. 5 dell'art. 61 stabilisce come aggravante “l'aver profittato di circostanza di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa”. V. Cass. 11 marzo 1969, Ladurner, CED 112579.

¹³¹ L'aggravante stabilita nel n. 4 dell'art. 62 c.p., trova la propria ratio nella maggiore pericolosità dell'agente, che ha inflitto alla vittima sofferenze fisiche o morali non necessarie alla realizzazione del fatto penalmente rilevante, oppure ha dimostrato particolare insensibilità verso i sentimenti umani. Cass., 23 febbraio 1982, De Mani, CED 153387.

¹³² R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 823

¹³³ MANTOVANI, *Diritto penale (parte generale)*, cit., p. 682.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ V. DELOGU, *Il concorso della premeditazione e del vizio parziale di mente*, in *Annali*, 1935, 215; CONTIERI, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Foro pen.*, 1957, I, DE MARISCO, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Arch. Pen.*, 1958, I, 405; RAGNO, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, Milano, 1960. Per la giurisprudenza: Cass., SS. UU., 3 febbraio 1957, in *Giust. Pen.*, 1957, II, 353. Per le successive precisazioni: Cass., 23 marzo 1962, in *Cass. Pen.*, 1962, 783; 8 febbraio 1985, ivi 1987, 82; 18 febbraio 1988, ivi 1989, 379; 7 dicembre 1993, ivi 1995, 282; 25 febbraio 1995, ivi 1995, 3347; 13 ottobre 1998, ivi 2000, 612; 27 febbraio 2009,

Per quanto riguarda la *provocazione*¹³⁶, si ritiene generalmente che essa sia compatibile con il vizio parziale di mente. L'ira sarebbe infatti uno stato emotivo congenito alle alterazioni mentali che sono origine della seminfermità, e legittimerebbe la concessione dell'attenuante quando sia suscitata da un fatto ingiusto altrui.¹³⁷

Il vizio parziale di mente si pone dunque come una circostanza attenuante che è inerente alla persona del colpevole, essendo assoggettata al giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.¹³⁸

8. Gli stati emotivi e passionali

in *St. iur.*, 2009, 1035. Per la compatibilità con il dolo eventuale: Cass., 5 novembre 2010, in *St. iur.*, 2011, 702

¹³⁶ Si riferisce al n. 2 dell'art. 62 c.p. : "l'aver agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui". Tale attenuante è nota come "provocazione" e opera al ricorrere di due requisiti: lo stato d'ira (che provoca nel soggetto un impulso irrefrenabile), e il fatto ingiusto altrui. Questi due aspetti non devono essere legati in maniera immediata: la reazione dell'agente può sorgere anche successivamente ad un intervallo di tempo più prolungato, purchè non venga spezzata la relazione con l'ingiusto comportamento del provocatore. V. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 823 "Anche il soggetto seminfermo può (...) sentire l'ingiustizia dell'altrui comportamento e, mosso dall'ira, agire di conseguenza. Diversamente dovrà però concludersi ove risulti che lo stato d'ira sia l'effetto, più che di fatti provocatori, della stessa malattia di cui il soggetto soffre" (Cass. Pen., 10 dicembre 1971, in *Cass. Pen.*, 1973, 199; Id. 9 luglio 1960, in *Giust. Pen.*, 1961, II, 145.

¹³⁷ Cass. 9 luglio 1960, in *Giust. Pen.*, 1961, II, 145; 12 dicembre 1956 ivi 1957, II, 759; 10 dicembre 1971, in *Cass. Pen.*, 1973, 199; 18 giugno 1989, n. 181.563, vi è compatibilità quando lo stato d'ira non si identifichi con la stessa malattia mentale

¹³⁸ Art. 69 c.p., rubricato "concorso di circostanze aggravanti e attenuanti": "1. Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti. Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti. 2. Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze. 3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato". V. Cass. 7 dicembre 1992, Trinca, CED 192668. La Corte di Cassazione ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, nella parte in cui consente il giudizio di comparazione con l'attenuante di cui all'art. 89 c.p. (Cass., 26 ottobre 1995, Radicetti, CED 203456).

L'art. 90 c.p. esclude rilevanza agli stati emotivi e passionali all'interno del giudizio di imputabilità, stabilisce infatti che: “*Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità*”.

139 140

¹³⁹ Cfr., oltre alla nota manualistica: AMATO, *Dall'indifferenza dello stato emotivo all'indifferenza come stato emotivo del colpevole: nuovi sentieri nel diritto penale dell'atteggiamento interiore*, CP, 2012, 1511; BETSU, *Gli stati emotivi o passionali*, in *Diritto e Scienza*, n. 6, 2012, p. 22 ss; CODA, *Stati emotivi e passionali: un contributo clinico*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2000, 169; CRESPI, voce *Imputabilità (diritto generale)*, in *Enc. Dir.*, XX, 1970, 763; FERRACUTI-GIARRIZO, voce *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 1990, 661; FIERRO CENDERELLI, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *Riv. It. dir. Pen. proc.*, 1975, 1336; MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997; MARINI, voce *Imputabilità*, in *Dir. Pen.*, VI, 1992, 243; MAZZANTI, voce *Stati emotivi e passionali*, Nss DI, XVIII, 1971, 215; MEREU, *Gli stati emotivi e passionali: aspetti patologici e non patologici*, in *Dir. Pen.*, 1988, 154; RUGGIERO, *La rilevanza giuridico-penale degli stati emotivi e passionali*, Napoli 1958. Ma è utile guardare anche la bibliografia indicata per gli artt. 88 e 89 c.p. data la stretta connessione degli argomenti.

¹⁴⁰ Sentenze rilevanti da parte della giurisprudenza di legittimità, <http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primο/titolo-iv/capo-i/art90.html>, Cass. N. 3171/1981: “Il semplice stato di agitazione non determina infermità che faccia escludere la capacità di intendere e di volere, non essendo un vero e proprio stato morboso.”; Cass. 1347/1991: “Gli stati emotivi e passionali, che a norma dell'art. 90 c.p., non escludono né diminuiscono l'imputabilità, possono in via eccezionale influire su questa solo quando, esorbitando dalla sfera puramente psicologica, degenerino in un vero e proprio squilibrio mentale con disordine e perturbazioni nelle funzioni della mente e della volontà, sì da eliminare o attenuare le capacità intellettive e volitive.”; Cass. N. 4954/1993: “In tema di imputabilità, gli artt. 88 e 89 c.p. postulano una infermità di tale natura e intensità da compromettere seriamente i processi conoscitivi e volitivi della persona, eliminando o attenuando la capacità della medesima di rendersi conto del significato delle proprie azioni e di comprenderne, quindi, il disvalore sociale, nonché di determinarsi in modo autonomo. Le infermità che influiscono sulla imputabilità sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche. Queste ultime sono contraddistinte da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità, come accade invece per il vasto gruppo delle «abnormità psichiche», quali le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere o della sfera affettiva, non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p. Ne consegue che, quando a causa di una situazione conflittuale dovuta a particolari tensioni psichiche si determini un'accentuazione di alcuni tratti del carattere del soggetto, inducendolo, come avviene nelle reazioni «a corto circuito», a tenere una condotta animale, non si può certamente parlare di malattia di mente, sicché la disposizione cui occorre riferirsi è quella di cui all'art. 90 c.p.”; Cass. 11373/1995: “In tema di imputabilità, affinché una reazione «a corto circuito» costituisca manifestazione di una vera e propria malattia che comprometta la capacità di intendere e di volere del soggetto, è necessario che essa si inquadri in una preesistente alterazione patologica comportante infermità o seminfermità mentale. Quando la reazione a corto circuito

Si sostiene che l'art. 90 fu introdotto con una specifica *funzione pedagogica*, per stimolare il controllo della volontà sulle emozioni e sulle passioni.¹⁴¹ In questo senso si è affermato che il legislatore ha voluto in questo modo soddisfare quelle istanze di prevenzione

si ricollegli a semplici manifestazioni di tipo nevrotico o ad alterazioni comportamentali prive di substrato organico, essa si configura come situazione di turbamento psichico transitorio, qualificabile come stato emotivo o passionale, tale da non escludere né diminuire l'imputabilità a norma dell'art. 90 c.p.”; Cass. 1345/1996: “La falsa opinione sul tradimento del coniuge può atteggiarsi o come idea portatrice di inquietudini, di per sé sole ininfluenti, o come stato delirante che, nell'incidere sul processo di determinazione e di inibizione, travolge l'agente in una condotta abnorme e automatica. Solo in questa seconda ipotesi può parlarsi di infermità mentale dipendente da causa patologica e idonea ad escludere o ad attenuare fortemente la capacità di intendere e di volere.” ; Cass. N. 967/1998: “Gli stati emotivi o passionali, per loro stessa natura, sono tali da incidere, in modo più o meno massiccio, sulla lucidità mentale del soggetto agente senza che ciò, tuttavia, per espressa disposizione di legge, possa escludere o diminuire l'imputabilità, occorrendo a tal fine un *quid pluris* che, associato allo stato emotivo o passionale, si traduca in un fattore determinante un vero e proprio stato patologico, sia pure in natura transeunte e non inquadrabile nell'ambito di una precisa classificazione nosografica. L'esistenza o meno di detto fattore va accertata sulla base degli apporti della scienza psichiatrica la quale, tuttavia, nella vigenza dell'attuale quadro normativo e nella sua funzione di supporto alla decisione giudiziaria, non potrà mai spingersi al punto di attribuire carattere di infermità? (come tale rilevante, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., ai fini della esclusione e della riduzione della capacità d'intendere e di volere), ad alterazioni transeunte della sfera psico-intellettuale e volitiva che costituiscano il naturale portato degli stati emotivi o passionali di cui si sia riconosciuta l'esistenza.”; Cass. N. 24614/2003 : “In tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità. Ne consegue che esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali.” ; Cass. 24696/2004: “In tema di imputabilità, la capacità di controllo delle proprie azioni va distinta dalla capacità di intendere e di volere, in quanto capacità del soggetto di modulare e calibrare la sua condotta in funzione di elementi condizionanti di ordine etico, religioso ed educativo che, afferendo ed integrandosi nel nucleo della personalità del soggetto, lo dotano sia del senso critico che di quello autocritico, e che agiscono come modulatori dell'istintualità e dell'impulsività. Ne consegue che l'indebolimento dei freni inibitori, non dipendente da un vero e proprio stato patologico, non incide sulla capacità di intendere e di volere e quindi sull'imputabilità.”; Cass. N. 37020/2006: “La gelosia quale stato passionale, in soggetti normali, si manifesta come idea generica portatrice di inquietudine, non diminuisce e tanto meno esclude la capacità di intendere e di volere del soggetto, salvo che essa derivi da un vero e proprio squilibrio psichico il quale deve presupporre uno stato delirante tale da incidere sui processi di determinazione e di auto-inibizione.”

¹⁴¹ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 684.

generale volte ad esigere da ciascuno “*massimo autocontrollo emotivo*”¹⁴², operando una distinzione tra quei disturbi mentali che escludono l'imputabilità e quelli che, essendo relativi alla sfera emozionale del soggetto, non la escludono né la diminuiscono.¹⁴³

Comunemente si dice che l'*emozione* è “*l'intenso turbamento affettivo, di breve durata ed in genere di inizio improvviso, provocato come reazione a determinati avvenimenti e che finisce col predominare sulle altre attività psichiche (ira, gioia, paura, spavento, afflizione, sorpresa, vergogna, piacere erotico, ecc.)*”, mentre la *passione* è “*uno stato affettivo e violento più duraturo, che tende a predominare sull'attività psichica in modo più o meno invadente o esclusivo, sì da comportare talora alterazioni della condotta che può divenire del tutto irrazionale per difetto di controllo. Ad essa sono riconducibili certe forme di amore sessuale, di odio, di gelosia, di cupidigia, di entusiasmo, di ideologizzazione politica*”¹⁴⁴.

È stata sottolineata da parte della dottrina l'eccessiva categoricità della disposizione in esame, e si è cercato di stemperare questo rigorismo ridimensionando la portata applicativa dell'art. 90 c.p. mediante un'interpretazione sistematica degli artt. 88 e 89 c.p. Se infatti può darsi che gli stati emotivi e passionali non integrino in sé per sé considerati un'infermità, non può escludersi che negli stessi sia ravvisabile uno stato patologico rilevante alla luce degli artt. 88 e 89 c.p.¹⁴⁵

¹⁴² ROMANO, *Art. 90*, in ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, p. 47

¹⁴³ BETSU M., *Gli stati emotivi o passionali*, in *Dir. E scienza*, 2012, n. 6, p. 22.

¹⁴⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 683-684. Cfr. CARRARA, *Il delinquente per passione*, in *Arch. Antrop. Crim.*, 1933; SANDULLI, *Stati emotivi e passionali*, in *Giust. Pen.*, 1934, II, 568; ONDEI, *L'imputabilità dei reati passionali*, in *Sc. Pos.*, 1938, I, 369; DE VINCENZIIS, *L'art. 90 del codice penale*, in *Giust. Pen.*, 1947, I, 1; SINISCALCO, *Considerazioni sugli stati emotivi o passionali e sulla loro rilevanza giuridica*, in *Giur. It.*, 1952, II, 327; PISAPIA, *Per l'abolizione dell'art. 90 c.p.*, in *Dir. Crim. e criminologia*, 1958, 91; MAZZANTI, *Stati emotivi e passionali*, in *N. Dig. It.*, XVIII, 1977, 215.

¹⁴⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 823. Vedi Cass. Pen., 3 dicembre 1990, Fornaro, CED 186300; Cass., 11 aprile 1988, Pizzuto, in RP, 1989, 515.

Sono quindi da distinguere: da un lato gli stati emotivi e passionali che non costituiscono la manifestazione di uno stato patologico, che nonostante la loro interferenza con la capacità di intendere e di volere, non sono riconducibili ad una forma di “infermità” e quindi non incidono ex art. 90 sull'imputabilità¹⁴⁶; dall'altro quegli stati emotivi o passionali che costituiscono la manifestazione di uno stato psicologico riconducibile ad “infermità”, che in ragione di ciò escludono o diminuiscono l'imputabilità ex artt. 88 e 89 c.p.¹⁴⁷

Nel caso di infermità mentale la non imputabilità si lega all'impossibilità di dominio del fatto da parte del soggetto agente, mentre nelle situazioni legate ad uno stato emotivo o passionale la ratio dell'incriminazione si fonda proprio sull'irrazionalità dell'agente che, pur essendo in grado di attivare le normali capacità di controllo della realtà, agisce violando il precetto.¹⁴⁸

Così , se risulta ininfluyente un “semplice accesso di gelosia momentanea” che abbia indotto il soggetto a commettere un reato, rileva invece una forma di gelosia ossessiva delirante che “sia da tempo sfociata in una situazione psicopatologica grave, con

¹⁴⁶ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 684. Continua “Ciò sia perché rientrano nell'ambito delle comuni attività mentali e sono verificabili pure in ogni persona sana che come tale è ritenuta idonea a controllare la propria affettività, sia perché altrimenti ogni delitto impulsivo (es.: per un “accesso” di gelosia momentanea) diventerebbe non punibile. Essi possono tuttavia incidere sull'imputabilità nel senso di attenuare il rimprovero di colpevolezza e dare luogo a circostanze attenuanti, quali quelle dell'art. 62 nn. 2 e 3 (provocazione e suggestione di folla in tumulto), o alle generiche, purchè non si tratti di emozioni o passioni moralmente e socialmente spregevoli”.

¹⁴⁷ Così: Cass. 9 gennaio 1982, in *Cass. Pen.*, 1983, 295 : “Gli stati emotivi e passionali, che, a norma dell'art. 90 c.p., non escludono né diminuiscono la imputabilità, possono eccezionalmente avere rilievo sull'anzidetta imputabilità allorquando travalichino la sfera puramente psicologica e degenerino in un vero e proprio, anche se transeunte, squilibrio mentale. Ne deriva che la gelosia, la quale costituisce uno stato passionale privo delle anzidette caratteristiche degenerative, è inoperativa ai fini della imputabilità. (Nella specie, sulla base dell'enunciato principio, si è disattesa la censura della difesa, secondo cui i giudici di merito non avrebbero tenuto conto della incidenza del prorompente sentimento di gelosia dell'imputato, rifiutandosi di considerare l'automatismo dell'azione, la obliquità dei colpi inferti sulla superficie addominale della vittima e soprattutto la significativa incertezza nel racconto inerente alle modalità di esecuzione della condotta delittuosa)” (<http://www.brocardi.it/codice-penale/libro-primi/titolo-iv/capolo-iv/art90.html>); Cass., 12 aprile 1988, in *Cass. Pen.* 1989, 805; 3 dicembre 1990, in *Riv. Pen.*, 1991, 369.

¹⁴⁸ BETSU M., *Gli stati emotivi o passionali*, in *Dir. E scienza*, 2012, n. 6, p. 22.

conclamata compromissione delle facoltà di comprensione, di critica e di autocontrollo”¹⁴⁹.

Le neuroscienze possono giocare un ruolo importante nel distinguere, con un elevato grado di probabilità, una normale manifestazione di gelosia (che riduce i freni inibitori, ma che rientra comunque nella disciplina dell’art. 90 c.p.) da un vero e proprio squilibrio psichico, che deve presupporre “*uno stato maniacale, delirante, o comunque provenire da un’alterazione psico-fisica consistente e tale da incidere sui processi di determinazione e auto-inibizione*”.¹⁵⁰

CAPITOLO II

¹⁴⁹ ROMANO, *op. cit.*, p. 45. Così anche ad esempio un sentimento di paura, se non può essere preso in considerazione laddove integri uno stato di panico generato da un episodio improvviso, può invece valutarsi una “grave forma di psicopatologia fobica che, con riferimento a tipi di comportamento quale quello in cui è costituito il delitto abbia logorato grandemente la capacità di autodomínio e autodeterminazione del soggetto”. V. Cass., Sez. VI, 31 marzo 2010, n. 12621: la gelosia “quale stato passionale, in soggetti normali (...), si manifesta come idea generica portatrice di inquietudine che non è usualmente in grado di diminuire, né tantomeno di escludere la capacità di intendere e di volere del soggetto, salvo che (e questo non è il caso di specie) esso nasca e si sviluppi da un vero e proprio squilibrio psichico, in quale deve presupporre uno stato maniacale, delirante, o comunque provenga da un’alterazione psico-fisica consistente e tale da incidere sui processi di determinazione e auto-inibizione”.

¹⁵⁰ Cass., Sez. VI, 31 marzo 2010, n. 12621. V. WITTGENSTEIN, *Lezioni sulla libertà del volere*, Torino, 2006, p. 65: “sembra come se, se siete fortemente colpiti dalla responsabilità che un essere umano ha per le sue azioni tendiate a dire che queste azioni non possono seguire leggi naturali. E all’opposto, se tendete molto fortemente a dire che esse seguono leggi naturali, allora tendete a dire : “non posso essere ritenuto responsabile per la mia scelta”. Che abbiate questa tendenza, dovrei dire, è un fatto di psicologia”.

IL RUOLO DEL GIUDICE E DEL PERITO NELL'AMBITO DELLA PERIZIA
PSICHIATRICA

SOMMARIO:

1. La scienza nel processo penale; 2. La perizia; 3. I limiti della perizia; 4. L'accertamento del vizio di mente; 5. Il ruolo del perito; 6. Il ruolo del giudice.

1. La scienza nel processo penale

In passato esisteva un connubio molto stretto tra psichiatria e diritto, nella cosiddetta età del positivismo scientifico: si ricorreva alla perizia solo in caso di palese anormalità, e se veniva riscontrata una malattia nosograficamente inquadrata si riconosceva il vizio di mente.¹⁵¹ Se il perito avesse riscontrato nel periziando un'infermità di mente, quest'ultimo sarebbe stato internato in un O.P.G., secondo un meccanismo presuntivo e privo di ogni carattere terapeutico e criminologico.¹⁵²

Questo legame è durato per circa un secolo, ed ha subito una dissoluzione negli ultimi decenni con l'entrata in crisi del concetto medico di malattia mentale e dei vecchi sillogismi positivisti su cui si fondava.

Di fronte alle nuove concezioni dell'infermità mentale proposte dalle scienze psicopatologiche i giudici sono rimasti piuttosto disorientati, ed hanno iniziato ad applicare gli artt. 88¹⁵³ e 89¹⁵⁴ c.p. in maniera

¹⁵¹ M. T. COLLICA, in *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco-C. Piemontese-E. Venafro, Giappichelli, Torino, 2010

¹⁵² Sul ruolo della perizia nel processo penale nell'età del positivismo scientifico: C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. Pen. E proc.*, Dossier La prova scientifica nel processo penale a cura di P. TONINI, Milano, 2008.

¹⁵³ Art. 88 c.p. : "Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere"

eterogenea. Per sciogliere i nodi della questione occorre respingere le estreme prese di posizione che si sono profilate: da una parte si è proposto di estendere la perizia a tutti i sottoposti a processo penale¹⁵⁵; dall'altra si vorrebbe completamente escludere il ricorso alla psichiatria forense.¹⁵⁶

Per quanto riguarda la prima proposta, occorre contestare che l'eventuale disposizione di una perizia prima dell'accertamento della responsabilità dell'individuo potrebbe spingere l'accusa a trarne dal contenuto elementi di reità.¹⁵⁷

Per quanto riguarda invece l'antitetica proposta di estromettere la perizia dal sistema giudiziario, si può dire che questa nasce da una concezione che vede gli "incapaci" parificati ai "normali", e di conseguenza una capacità di intendere e di volere uguale. Il che è parimenti inaccettabile.

Quello che risulta veramente opportuno secondo M.T. Collica, è ricorrere ad una soluzione intermedia, basata un'omogenizzazione delle procedure di accertamento. In questo modo, si permetterebbe un controllo empirico di affidabilità dall'esterno, presupposto fondamentale per far assurgere un determinato tipo di prova il rango di "prova scientifica".¹⁵⁸

Il tema della scienza all'interno del processo penale è assai impegnativo, e soprattutto negli ultimi anni si è posto al centro delle

¹⁵⁴ Art. 89 c.p. : "Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso, ma la pena è diminuita."

¹⁵⁵ Proposta di legge n. 2375 presentata alla Camera il 20 febbraio 2002 (www.parlamento.it)

¹⁵⁶ Sul dibattito relativo a questo problema v., tra gli altri, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990; M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, Torino, p. 59 ss.; G. PONTI-I. MERZAGORA, *Compendio di criminologia*, Cortina, Milano, 1990; A. CARNEVALE-R. MENNA-A. COLAGRECO, *La perizia criminologica nel processo penale: dal codice del '30 ai nostri giorni*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, 371 ss.

¹⁵⁷ Vedi G. GULOTTA, *Psicoanalisi e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 2° ed.

¹⁵⁸ Vedi G. CANZIO, *Valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Scienza e processo penale*, a cura di C. CONTI, Giuffrè, Milano, 2011

riflessioni della dottrina penalistica. Questa, ha dovuto fare i conti con il fatto che il giudizio riguardante la l'imputabilità, essendo strettamente collegato con quello dell'accertamento della capacità di intendere e di volere, si viene inevitabilmente a scontrare con altre scienze, come quella medica, quella psichiatrica, quella psicologica, e recentemente anche con le neuroscienze.

L'atteggiamento di scetticismo che caratterizza l'ingresso di queste scienze all'interno del processo penale, è collegato alla loro "fallibilità", e all'aura di incertezza che le pervade a causa dell'elevato numero di orientamenti esplicativi della malattia mentale, i quali spesso risultano antitetici.

Tale scetticismo può essere compreso se si guarda all'epoca storica caratterizzata dal "positivismo scientifico", corrente che riponeva una fiducia illimitata nelle risultanze di origine scientifica. La scienza veniva ritenuta illimitata, completa ed infallibile. L'eccessiva diffidenza verso i mezzi scientifici come strumento utile all'interno del processo penale, può risultare invece esagerata in un'epoca come quella attuale, in cui è ormai palese e radicato il disincanto verso una concezione utopica della scienza, la quale ormai è ritenuta limitata, incompleta e fallibile.¹⁵⁹

La giurisprudenza nordamericana si è pronunciata sui rapporti tra scienza e diritto, e in particolare sul valore della perizia psichiatrica all'interno del processo penale in una celebre sentenza del 1993: la sentenza Daubert del 1993. Negli Stati Uniti appare particolarmente sentita l'esigenza di non far entrare nel processo prove che non sono scientificamente valide, in particolare per la presenza della Giuria giudicante, formata da gente comune che potrebbe essere facilmente suggestionabile. Si vuole in qualche modo evitare l'ingresso nel processo della "cattiva scienza", o "scienza spazzatura"¹⁶⁰ (bad science, o junk science).

¹⁵⁹ M. T. COLLICA in *La prova dei fatti psichici*, cit.

¹⁶⁰ Questo termine è diventato famoso con uno scritto di P. HUBERT, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991.

E' per questo che nella sentenza Daubert¹⁶¹ sono stati elaborati dei parametri di affidabilità: una conoscenza è scientifica se risulta a) verificabile nel metodo (controllabile mediante esperimenti e capace di superare i test di falsificazione); b) sottoposta a peer review o pubblicata in riviste specializzate che ne testimonino il controllo da parte della comunità scientifica; c) capace di esprimere al giudice l'errore accertato o potenziale che questo comporta; d) in via non indispensabile, di godere di una generale accettazione nella comunità degli esperti.

La sentenza Khumo¹⁶² del 1999 ne ha allargato la portata non solo alle conoscenze "scientifiche", ma anche a quelle "tecniche" o "altrimenti specializzate", quindi anche alle testimonianze di psichiatri e psicologi sull'imputabilità.

C'è da dire che il sistema penale nordamericano è profondamente dal nostro. Tali criteri vengono utilizzati negli USA nella fase di ammissione della prova e nella cross examination, mentre in Italia opereranno soprattutto nella fase di valutazione.

Inoltre la dottrina italiana, consapevole di questa differenza di impostazione, si è preoccupata di affinare i parametri americani, specificando che per ammettere il mezzo di prova scientifico occorre valutare se il metodo è astrattamente valido per ottenere un elemento utile, se è idoneo concretamente a ricostruire il fatto, se è controllabile, se l'esperto è qualificato e se lo strumento è comprensibile al giudice e alle parti, che devono poterlo dominare.

2. La perizia

Nel nostro ordinamento il giudizio di imputabilità è articolato su più livelli: dopo aver diagnosticato il disturbo mentale, occorre verificare sia come questo abbia inciso sulla capacità di intendere e di volere del

¹⁶¹ Daubert, vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993)

¹⁶² Khumo Tire Company, Ltd. Vs. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999)

soggetto agente.

E' un accertamento piuttosto difficile, che coinvolge conoscenze extra-giuridiche. In ragione di ciò è necessario che il giudice venga coadiuvato da un consulente tecnico esperto in psichiatria o psicologia, o addirittura da un collegio peritale.

Quando il giudice si trova a dover decidere su questioni che impongono una valutazione delle condizioni psichiche di un soggetto, si può infatti giovare della collaborazione di un perito psichiatra.

L'oggetto della perizia risulta delineato dall'art. 220 comma 1° del c.p.p.: *“la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”*.

L'art. 221 c.p.p.¹⁶³ al primo comma dispone che la scelta del perito può avvenire sia fra gli esperti iscritti all'albo¹⁶⁴, sia fra quelli non iscritti, purché dotati di una specifica competenza nella disciplina interessata. Nel caso in cui lo psichiatra prescelto non sia iscritto all'albo, l'art. 67¹⁶⁵ 3° comma delle disposizioni attuative al codice di procedura penale, dispone che il giudice è tenuto “se possibile, a designare una persona che svolge la propria attività professionale

¹⁶³ Art. 221, comma 1, c.p.p. : “Il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina. Quando la perizia è dichiarata nulla, il giudice cura, ove possibile, che il nuovo incarico sia affidato ad altro perito.

¹⁶⁴ Presso ogni tribunale è istituito un albo dei periti, diviso in categorie, tra cui sono sempre previste le categorie di esperti in medicina legale, psichiatria, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia. L'albo dei periti è curato dal presidente del tribunale, il quale presiede un comitato composto dal procuratore della Repubblica presso il medesimo tribunale, dal presidente del consiglio dell'ordine forense, dal presidente dell'ordine o del collegio a cui appartiene la categoria di esperti per la quale si deve provvedere.

¹⁶⁵ Art. 67 disp. Att. C.p.p.; “1. Presso ogni tribunale è istituito un albo dei periti, diviso in categorie. Nell'albo sono sempre previste le categorie di esperti in medicina legale, psichiatria, contabilità, ingegneria e relative specialità, infortunistica del traffico e della circolazione stradale, balistica, chimica, analisi e comparazione della grafia interpretariato e traduzione. Quando il giudice nomina come perito un esperto non iscritto negli albi, designa, se possibile, una persona che svolge la propria attività professionale presso un ente pubblico. Nel caso previsto dal comma 3, il giudice indica specificamente nell'ordinanza di nomina le ragioni della scelta. In ogni caso il giudice evita di designare quale perito le persone che svolgano o abbiano svolto attività di consulenti di parte in procedimenti collegati a norma dell'articolo 371 comma 2 del codice.

presso un ente pubblico”.

Può anche essere disposta una perizia collegiale, oppure in caso di estrema complessità il giudice può richiedere la consulenza disgiunta di più periti¹⁶⁶.

Il perito una volta investito dell’incarico da parte del giudice non può astenersi dall’adempierlo, salvo che ricorra uno dei motivi di astensione disposti dall’art. 36 c.p.p.¹⁶⁷, nel qual caso deve obbligatoriamente dichiararlo. Il perito può essere anche ricusato¹⁶⁸ dalle parti. La dichiarazione di astensione o di ricusazione può essere presentata fino a che non siano esaurite le formalità di conferimento dell’incarico e, (quando si tratti di motivi sopravvenuti o conosciuti successivamente, prima che il perito abbia dato il proprio parere).

¹⁶⁶ Cass., sez. II pen, 2 febbraio 2001, n. 13151 - “In tema di perizia, non costituisce violazione processuale (né lesione del diritto di difesa) l’affidamento da parte del giudice di distinti incarichi peritali, aventi il medesimo oggetto, a più persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina, sempre che ricorra la condizione che le valutazioni da compiersi siano di notevole complessità, ovvero richiedano distinte conoscenze in differenti discipline, atteso che la scelta del giudice di non affidare un mandato collegiale ma singoli incarichi, comportando la possibilità di confrontare all’esito più risultati (ottenuti peraltro senza il rischio di influenze reciproche tra i componenti il collegio), lungi dal comprimere il diritto di intervento e rappresentanza dell’imputato, rafforza le garanzie di quest’ultimo”

¹⁶⁷ Art. 36 c.p.p. : “Il giudice ha l’obbligo di astenersi: a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge; c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull’oggetto del procedimento fuori dell’esercizio delle funzioni giudiziarie; d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata; f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni pubblico ministero; g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario; h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza. I motivi di astensione indicati nel comma 1 lettera b) seconda ipotesi e lettera e) o derivanti da incompatibilità per ragioni di coniugio o affinità sussistono anche dopo l’annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. La dichiarazione di astensione è presentata al presidente della corte o del tribunale che decide con decreto senza formalità di procedura. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del tribunale decide il presidente della corte di appello; su quella del presidente della corte di appello decide il presidente della corte di cassazione.”

¹⁶⁸ Art. 37 c.p.p. : “Il giudice può essere ricusato dalle parti: a) nei casi previsti dall’articolo 36 comma 1 lettere a), b), c), d), e), f), g) (2); b) se nell’esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell’imputazione. Il giudice ricusato non può pronunciare né concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l’ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione”.

Sulle dichiarazioni di astensione, oppure di riconsunzione, la decisione spetta al giudice che ha disposto la perizia.

La perizia psichiatrica viene disposta (come gli altri generi di perizie) dal giudice con ordinanza motivata, sia a richiesta di parte che d'ufficio, mediante la citazione del perito e delle persone che devono essere sottoposte agli esami, e la sommaria enunciazione dell'oggetto dell'indagine.

Inoltre, sempre il giudice, adotta tutti i provvedimenti che risultano fondamentali per lo svolgimento delle attività peritali (ad es. l'acquisizione della documentazione medica o l'autorizzazione ad accedere al carcere).¹⁶⁹

La perizia psichiatrica è un accertamento che non sempre è favorevole al paziente/imputato: non si svolge solamente il sede di accertamento della capacità di intendere e di volere e quindi dell'imputabilità, ma può essere un'analisi prodromica all'applicazione di trattamenti medici specifici (come è stato ad esempio l'internamento negli O.P.G).¹⁷⁰

Gli psichiatri che svolgono il ruolo di periti, e soprattutto quelli che si pongono in contrasto con la presunta utilità degli istituti psichiatrici, di fronte a ciò, hanno sentito un velo di disagio nell'elargire aleatori giudizi di pericolosità, ben consapevoli delle conseguenze. E' anche grazie a tale linea di pensiero che il codice del 1988 non ha riproposto l'obbligo di presentare il quesito sulla pericolosità che emerge dall'art. 318 del c.p.p. del 1930.

Quando il perito accetta l'incarico deve recitare la formula di cui

¹⁶⁹ G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, 7° ed. - Sono da escludere da tale ambito le misure incidenti sulla libertà personale dell'imputato o di terze persone, salvo quelle specificamente previste nei "casi" e nei "modi" dalla legge, come è stato precisato dalla giurisprudenza costituzionale. Tant'è vero che il secondo comma dell'art. 24 era stato dichiarato illegittimo nella misura in cui se ne poteva desumere la possibilità per il giudice di disporre eventuali prelievi coattivi di sangue o altri tessuti o materiali organici, qualora fossero ritenuti necessari per lo svolgimento di una perizia. E' stato infatti inserito nel 2009 dalla l. 85, dopo anni di vuoto normativo, un art. 224-bis.

all'art 226 c.p.p.¹⁷¹ e una volta esaminato il periziando deve depositare in cancelleria apposita relazione, che poi verrà esposta in udienza in contraddittorio con i consulenti e i difensori delle parti.

Le parti infatti hanno la possibilità di nominare dei propri esperti¹⁷² che andranno a presentare in contraddittorio le proprie risultanze con il fine di plasmare il libero convincimento del giudice¹⁷³. In ogni caso i consulenti tecnici di parte non potranno essere di numero superiore, per parte, rispetto ai periti nominati dal giudice.

Ovviamente la consulenza tecnica di parte è un aspetto particolarmente importante nell'ottica di garantire il diritto alla prova delle parti, ed è per questo che le parti private possono usufruire dell'assistenza di un consulente a spese dello Stato quando non siano in grado di sostenerlo economicamente con le proprie risorse. Ciò è previsto dall'art. 225 c.p.p., comma 2.¹⁷⁴

All'art. 233 si prevede la possibilità di nominare consulenti tecnici di parte anche nelle ipotesi in cui non sia stata disposta perizia, i quali potranno esporre il proprio parere su singole questioni, eventualmente attraverso la presentazione di memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p.¹⁷⁵

Se successivamente a tale nomina il giudice decidesse di disporre perizia, al consulente sarebbero riconosciuti le facoltà ed i diritti ordinariamente previsti.

¹⁷¹ «Consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo nello svolgimento dell'incarico, mi impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere la verità e a mantenere il segreto su tutte le operazioni peritali»

¹⁷² Nel codice del 1930 il P.M. non poteva nominare un proprio consulente e nei processi che continuano tuttora in forza del vecchio rito è ancora preclusa tale possibilità.

¹⁷³ Il giudice è libero di discostarsi dalla perizia per motivi di logicità o di congruità, essendo libero di autoconvincersi sulla coerenza della perizia. Quello del libero convincimento è uno dei principi processuali più importanti, ovviamente legato a quei provvedimenti caratterizzati dall'obbligo di motivazione (i cc.dd. provvedimenti giurisdizionali a forma vincolata).

¹⁷⁴ Art. 225, comma 2, c.p.p.: "Le parti private, nei casi e alle condizioni previste dalla legge sul patrocinio statale dei non abbienti, hanno diritto di farsi assistere da un consulente tecnico a spese dello Stato."

¹⁷⁵ Art. 121 c.p.p.: "In ogni stato e grado del procedimento le parti e i difensori possono presentare al giudice memorie o richieste scritte, mediante deposito nella cancelleria. Sulle richieste ritualmente formulate il giudice provvede senza ritardo e comunque, salve specifiche disposizioni di legge, entro quindici giorni".

In caso di accertamenti di particolare complessità può essere concesso al perito un termine non superiore a novanta giorni, ma prorogabile fino a sei mesi, entro il quale il medesimo dovrà fornire il parere.

In ogni stato e grado del processo di merito può essere disposta, o rinnovata, la perizia. Se questo avviene in appello, ovviamente deve essere rinnovata l'istruzione dibattimentale ai sensi dell'art. 603 c.p.p..

176

La Cassazione ci dice che la rinnovazione di una perizia nel dibattimento del giudizio d'appello è possibile solo se il giudice è impossibilitato a decidere allo stato degli atti. Se, a fronte della richiesta di parte, il giudice rigetta la rinnovazione della perizia con una motivazione logicamente e congruamente motivata, tale scelta è incensurabile in Cassazione.¹⁷⁷

E' importante considerare che "la perizia non costituisce un vero e proprio mezzo di prova, quanto invece, un ausilio del giudice nella ricerca ed interpretazione del materiale processuale. In tale ottica: rientra nella discrezionalità del giudice di merito non solo disporla, ma anche, eventualmente revocarne il relativo espletamento o non tenerne conto, nel caso in cui il materiale probatorio offerto dal processo si riveli, ad un successivo e più approfondito esame, tale da non richiedere quell'ausilio ritenuto in un orino momento necessario".¹⁷⁸

La Cassazione penale ha chiarito come la perizia sia essenzialmente un mezzo di prova discrezionale, e pertanto insindacabile in sede di legittimità se il giudice ha motivato in maniera logica, coerente ed adeguata, l'assenza di elementi tali da far ritenere che l'accertamento peritale richiesto sia necessario.

Tirando le fila, la perizia psichiatrica deve essere disposta solo quando il giudice ritenga che gli elementi indiziari raccolti portino a rendere

¹⁷⁶ Art. 603 c.p.p., comma 1: "Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585, comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale"

¹⁷⁷ Cass., Sez I pen., 11 giugno 1992, n. 6911

¹⁷⁸ Cass., Sez IV pen., 11 aprile 1994, n. 3952

opportuna un'indagine sullo stato mentale dell'imputato.¹⁷⁹

3. I limiti della perizia

E' stata già evidenziata da l'asperità della perizia psichiatrica come mezzo di prova, essendo essa legata ad una situazione che già di per sé non rappresenta un punto fermo: l'infermità mentale.¹⁸⁰

In ragione di ciò, la perizia dovrebbe essere basata su convincimenti razionali, concreti ed oggettivi, e non fondarsi su mere intuizioni, dice Maria Teresa Collica.¹⁸¹

In realtà, il sistema attuale è viziato da una serie di problematicità.

Innanzitutto già la scelta del perito a cui affidare l'incarico è di particolare delicatezza. Affidare l'incarico periziale all'uno o all'altro esperto può risultare infatti determinante nell'ottica della decisione finale.¹⁸²

Il perito d'ufficio deve essere necessariamente scelto dal giudice all'interno degli appositi albi. Il giudice, nella propria scelta, deve essere bravo ad individuare il perito che possiede le competenze scientifiche più adattabili al caso concreto.¹⁸³

¹⁷⁹ Cass., Sez. VI pen, 21 Novembre 1990, n. 15444

¹⁸⁰ v. sul punto M. BERTOLINO, *La crisi del concetto di imputabilità* in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1981, pp. 190 ss. , e la stessa M. T. COLLICA, *Vizio di mente. Nozione, accertamento e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2007 (monografia edita nella Collana "Itinerari di diritto penale" di G. FIANDACA-E. MUSCO-T. PADOVANI-F. PALAZZO)

¹⁸¹ M. T. COLLICA, in *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2014.

¹⁸² M. T. COLLICA, in *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 5.

¹⁸³ Sarebbe opportuno che l'albo indicasse solo seri professionisti, scelti da organi tecnicamente e scientificamente competenti, come ad esempio in Svezia, dove il legislatore ha affidato la nomina degli esperti direttamente ad una speciale organizzazione psichiatrico-forense. Guardano con particolare favore a questa soluzione M. BERTOLINO, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 568 e ss. e L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Giuffrè, 2007, 100 in nota. Non sono invece propensi alla necessità di rivolgersi ad albi specialmente formati da società scientifiche CATANESI-MARTINO,

Rimane però il fatto che il lavoro del perito può essere condizionato dal contesto in cui abitualmente opera, arrivando a mutare in relazione al paradigma psichiatrico di malattia mentale accolto e “all’atteggiamento personale [...] nei confronti dell’imputabilità come categoria giuridico-penale di scusabilità”¹⁸⁴ fino a “stravolgere anche i più obbiettivi dati scientifici”. E’ perciò individuabile una serie di variabili che rende la decisione di un perito sindacabile da un altro perito che appartiene a diverso campo culturale.¹⁸⁵

Per quanto riguarda il consulente designato dal PM invece, l’art 73 disp. att. C.p.p.¹⁸⁶ si limita a precisare che il PM deve “preferibilmente” attingervi, al fine di dotare l’accusa di maggiore affidabilità.

Ovviamente la difesa può invece nominare il proprio consulente in maniera libera.

Avendo tre centri di “perizia”, e non essendo la scienza psichiatrica una scienza assolutamente ferma ed oggettiva come quella fisica o matematica, può capitare che nel processo si abbiano tre conclusioni apicalmente diverse. Questo anche grazie al fatto che il solo perito d’ufficio ha l’obbligo di dire la verità, mentre i consulenti di parte possono giungere alle conclusioni che più gli sembrano opportune.

M.T. Collica ritiene che una soluzione ragionevole possa essere quella di stabilire come regola la necessità di effettuare collegialmente la perizia, facendo in modo di garantire meglio l’imparzialità del giudice

Verso una psichiatria forense basata su evidenze, in AA.VV., *Crimini, criminali e malattia mentale. Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto* (a cura di BERTOLINO-MERZAGORA BETSOS), Atti del Convegno di Milano, 11-12 Maggio 2006, Bruxelles, 2007, 158, i quali riconoscono al giudice il diritto di scegliere il perito che reputa più adeguato al processo purchè “il professionista sia in grado di dimostrare la sua qualificazione, la sua competenza specifica, secondo regole ben chiare”.

¹⁸⁴ M. BERTOLINO, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990, p. 476. Nel senso che un atteggiamento che si mostra bendisposto nei confronti dell’insanity defense, rende più agevole il riconoscimento del soggetto come non responsabile delle proprie azioni, in quanto incapace di intendere e di volere.

¹⁸⁵ M. T. COLLICA, in *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 5.

¹⁸⁶ Art. 73 disp. Att. C.p.p. : “Il pubblico ministero nomina il consulente tecnico scegliendo di regola una persona iscritta negli albi dei periti. Per la liquidazione del compenso al consulente tecnico si osservano le disposizioni previste per il perito.”

e di evitare quel “surplus” derivante dalle perizie di parte, di per sé poco affidabili perché inevitabilmente condizionate dalla strategia difensiva o accusatoria da portare avanti. In questo modo non si andrebbe a sottrarre alle parti una garanzia probatoria, perché i loro periti andrebbero comunque ad inserirsi nel collegio valutativo, dando vita ad un contraddittorio tra accusa e difesa, rispettando l’art. 111 Cost.¹⁸⁷

Se non si volesse optare per questa soluzione di unitarietà¹⁸⁸, si dovrebbe provvedere a sanare la disciplina vigente, fonte di svariate incongruenze, prevedendo anche per i consulenti di parti l’obbligo di dire la verità e la scelta all’interno degli appositi albi¹⁸⁹, unitamente ad una rivalutazione del contraddittorio tra i vari esperti¹⁹⁰.

Altro punto problematico della perizia è l’incoerenza temporale tra il momento in cui questa viene attuata, e il momento in cui deve essere stabilito lo stato psichico del soggetto. Infatti, per poter decidere circa l’esclusione o la limitazione dell’imputabilità del soggetto bisogna guardare allo stato mentale in cui questo versava al momento della commissione del reato. Come può non essere ritenuta poco rispondente alla realtà la perizia effettuata sulla base di una situazione psichica successiva al momento di commissione del reato?¹⁹¹

Per M.T. Collica è proprio da questa considerazione che nasce

¹⁸⁷ L’art. 111 Cost. ai commi 4 e 5 stabilisce il principio del contraddittorio : “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all’interrogatorio da parte dell’imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.”

¹⁸⁸ Di questa opinione è CONTI, in *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in Dir. Pen. Proc., 2008 Dossier p. 34, il quale ritiene che la perizia collegiale presenti il rischio di condizionamenti reciproci sull’opinione prevalente.

¹⁸⁹ Conf. CONTI, *Iudex peritus peritorum*, cit., p. 32 ss.

¹⁹⁰ O. DOMINIONI, *La prova scientifica penale*, Giuffrè, 2005, p. 258 ss.

¹⁹¹ Questo problema è stato affrontato in maniera approfondita dal Gup del Tribunale di Milano, 24 Ottobre 2003, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2004, 477, il quale evidenzia come il ritardo costringa “il giudice, le parti e i consulenti ad argomentazioni che in qualche modo hanno carattere più presuntivo di quanto sia scientificamente auspicabile”.

l'opportunità di anticipare la perizia in sede di incidente probatorio. Ma come si può anticipare la perizia sul soggetto all'immediatezza del fatto se questo si dichiara innocente, o se gli indizi a suo carico non risultino sufficientemente gravi? Questo potrebbe essere un affronto al principio di presunzione di innocenza postulato dalla Costituzione all'art. 27, comma 2¹⁹². Ma non solo. Si andrebbe in questo modo ad intaccare anche un'altra previsione costituzionale: il divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti dalla legge, ex art 32 comma 2.¹⁹³

In una prospettiva *de iure condendo*, una delle soluzioni che sono state presentate è quella relativa all'instaurazione di un processo bifasico¹⁹⁴: si effettua una perizia nella prima fase del processo (per garantire la fedeltà di osservazione), ma ciò che emerge da tale perizia non può essere utilizzato dal giudice per motivare una possibile attribuzione del fatto criminoso all'imputato¹⁹⁵. Ma anche questa impostazione non è esente da complicazioni, e la stessa Collica le rintraccia puntualmente.¹⁹⁶

In ogni caso, è opportuno che vi sia il minor lasso di tempo possibile tra il momento del fatto, e il momento in cui viene valutata la capacità del soggetto. Nel caso di soggetti acutamente psicotici, ad esempio, con il passare delle ore tale disturbo potrebbe non essere più rintracciabili.

A parte questi limiti, in generale si ha bisogno di una maggiore

¹⁹² Art. 27, comma 2, Cost. : "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

¹⁹³ Art. 32, comma 2, Cost. :Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana

¹⁹⁴ E' una soluzione che si può rintracciare già negli anni '70, soprattutto in Germania. In Italia si può rinviare a RIVELLO, voce *Perito e perizia*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. IX, 1995, p. 479; MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 745 s; BIELLI, *Periti e consulenti tecnici nel nuovo processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1991, p. 65.

¹⁹⁵ Così è previsto dal codice di procedura penale francese, art. 817 del decreto n. 16.

¹⁹⁶ M. T. COLLICA, *Vizio di mente*, cit., 174 s.

professionalità da parte degli psichiatri forensi.¹⁹⁷ Sarebbe opportuno che avessero tutti un dettato di regole comuni da seguire, regole ovviamente sottoposte ad un'opera di continuo aggiornamento, cioè una sorta di standardizzazione delle tecniche usate dagli esperti, utile a consentire una verifica esterna della loro correttezza.

Il punto è capire se le conoscenze e i metodi che vengono utilizzati dai periti si ergono su basi scientifiche, intendendo il termine “scientifiche” nel senso moderno della nozione: cioè se i fondamenti su cui si ergono le tecniche di accertamento della capacità di intendere e di volere siano certi ed oggettivi nell'attualità, anche se ipoteticamente passibili di confutabilità da ricerche più avanzate in un futuro.

Inquadrare il ruolo del perito all'interno del giudizio di imputabilità, risulta fondamentale se si prende coscienza del fatto che il medesimo si pone come un ponte che collega scienza e diritto, e ancor più nello specifico psichiatria e diritto, e la ricerca di un punto di contatto tra questi due campi del sapere è una delle questioni più vive nel dibattito giudiziario odierno e passato.

4. L'accertamento del vizio di mente

Nonostante i rapporti problematici e incerti, un punto di convergenza tra psichiatria e diritto si può rinvenire nella nozione di infermità mentale, ormai comunemente definita come “disturbo”, più che come “malattia”, sposando la moderna concezione multifattoriale. L'attuale cultura psicopatologica ha colto gli aspetti più convincenti dei vari paradigmi succedutisi in tema di infermità mentale, dando luogo ad

¹⁹⁷ In Italia è importante sotto questo punto di vista la proposta di riforma di Emilia Romagna e Toscana, scaturita nel D.D.L. n. 2756 dell'8 Ottobre 1997, *Disposizioni per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari* (visibile in www.parlamento.it)

una commistione inserendoli in un modello integrato.¹⁹⁸

E' a questa nuova rappresentazione dell'infermità mentale che si riferiscono i moderni manuali diagnostici ed in particolare il DSM¹⁹⁹.

Proprio il riconoscimento del valore scientifico di questi ultimi risulta essere un'ulteriore circostanza di convergenza tra scienza e diritto. Infatti numerose sentenze riconoscono ormai scientificità al DSM e ad altri manuali diagnostici.

Le classificazioni offerte dal DSM sono indispensabili per le diagnosi, ma hanno anche dei limiti. Traggono infatti dalla loro natura ateorica e categoriale allo stesso tempo il loro punto di forza e il loro punto di debolezza. Da una parte, per l'esperto è importante poter comunicare in modo chiaro e comprensibile in tutto il mondo basandosi solamente sui sintomi, senza dover considerare le cause per le quali il disturbo è sorto; d'altra parte però, proprio questo distacco dall'eziologia del disturbo rende impossibile valutare l'incidenza che l'infermità può avere soggettivamente sul periziando.

Il DSM fa emergere le proprie carenze soprattutto in relazione al ramo dei disturbi della personalità, che hanno assunto rilevanza grazie alla sentenza Raso, essendo qui i limiti sintomatologici meno marcati e quindi di più difficile individuabilità.²⁰⁰

Inoltre emerge la presunzione di voler categorizzare tutto, resa evidente dalla elaborazione della categoria dei NAS (disturbi non altrimenti specificati).

¹⁹⁸ Sull'argomento è importante segnalare l'opinione di O. GRECO-R. CATANESI in *La malattia mentale e la giustizia penale*, Giuffrè, Cedam, Milano, 1988, p.8, per i quali si tratta di un modello che "comporta una visione complessa ed articolata della realtà psichica che, senza negare gli aspetti psico-biologici della malattia, valorizza lo spessore sociale di ciascun individuo. Si veda anche F. CENTONZE in *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Giuffrè, 2005, p. 259 ss., il quale si esprime sulla necessità di un "pluralismo esplicativo" nella spiegazione dell'infermità mentale.

¹⁹⁹ Il termine DSM è l'acronimo di Diagnostic and Statistical Manual of mental disorders («Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali») ed è uno degli strumenti diagnostici per disturbi mentali più utilizzati da medici, psichiatri e psicologi di tutto il mondo. La prima versione risale al 1952 (DSM-I) e fu redatta dall'American Psychiatric Association (APA). Oggi è alla sua sesta edizione (di cui due revisionate): DSM-IV-TR.

²⁰⁰ M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 23

Da questi limiti si può comprendere come l'impiego forense di manuali diagnostici come il DSM può interessare nell'atto della diagnosi del disturbo, ma non per arrivare a conclusioni circa la possibile incidenza sull'imputabilità²⁰¹.

Il DSM, ed in generale i manuali diagnostici di tipo nosografico-descrittivo, non esauriscono le tecniche di accertamento. Esistono infatti tecniche diagnostiche "di natura" che danno rilevanza alla eziologia del disturbo, andando a identificare la struttura nervosa alterata che provoca il sintomo. E' pertanto da respingere la prassi di una certa giurisprudenza che confina l'indagine del perito, richiedendo nel quesito appositamente formulato che il riscontro dell'infermità sia effettuato unicamente in base al DSM. Ciò viene ben compreso dalle Sezioni Unite nella sentenza Raso, che li definisce non come un "riferimento obbligato", ma come un valido strumento di ausilio per avallare il coinvolgimento dei disturbi della personalità nella moderna accezione dell'infermità di mente.

Si sta diffondendo tra gli specialisti un nuovo modello che si ritiene possa avere un migliore utilizzo nell'ambito forense: lo SWAP-200²⁰², strumento che permette di ottenere sia diagnosi che seguono la classificazione dell'Asse II del DSM-IV, sia diagnosi organizzate secondo una nuova classificazione derivata dagli studi empirici degli autori²⁰³. Il vantaggio è quello di consentire la valutazione dell'intensità del disturbo, al contrario del DSM che si accontenta di rilevarne o meno l'esistenza. Questo è un aspetto di particolare

²⁰¹ E' lo stesso DSM che scoraggia dallo schivare un tale utilizzo del manuale : "Nella maggiorparte dei casi, la diagnostica clinica di un disturbo mentale del DSM-IV non è sufficiente a stabilire l'esistenza ai fini legali di un "disturbo mentale", una "disabilità mentale" o un "difetto mentale". Nel determinare se un individuo soddisfa uno specifico standard legale (es. capacità legale, responsabilità criminale o invalidità) sono di solito necessarie più informazioni rispetto a quelle contenute in una diagnosi del DSM-IV".

²⁰² Prodotto da un lavoro di sette anni, al quale hanno partecipato più di 800 psichiatri e psicologi reclutati in maniera casuale dai registri dell'American Psychological Association. In Italia il sistema è stato tradotto nel volume WESTEN-SHEDLER-LINGIARDI, *La valutazione della personalità con la Swap-200*, Cortina, 2014.

²⁰³ Relativo ai disturbi della personalità.

importanza, capire l'intensità del disturbo è infatti il ponte di collegamento con la seconda fase del giudizio di imputabilità.

Considerando gli strumenti alternativi al DSM nella diagnosi dell'infermità mentale, per quanto riguarda il primo piano di accertamento del giudizio di imputabilità, non si può ignorare l'espansione che stanno avendo le neuroscienze negli ultimi decenni. Queste consentono lo studio diretto dell'attività cerebrale nel corso dell'esposizione ad una stimolazione emotiva o durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche²⁰⁴. Ma di questo se ne parlerà in maniera più specifica più tardi.

Per quanto riguarda il secondo piano del giudizio di imputabilità, ovvero quello preposto a determinare il grado di incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente, sorgono maggiori problemi.²⁰⁵

La formula che solitamente viene rivolta allo psichiatra all'atto di conferirgli l'incarico, risale agli anni Trenta. Si richiede all'esperto di valutare l'imputato, di prendere conoscenza degli atti e di fare tutti gli accertamenti ritenuti opportuni, in modo da stabilire se al momento dei fatti per cui si procede, egli era capace di intendere o di volere, oppure se le sue capacità cognitive e volitive erano totalmente o parzialmente scemate. Inoltre, il più delle volte, questo deve pronunciarsi sull'eventuale pericolosità sociale dell'imputato. Questo quesito, così formulato, è ancora attuale o appare ormai lontano dal moderno sapere psichiatrico?

Secondo una tesi diffusa il perito si dovrebbe limitare ad accertare il disturbo mentale, evitando di valutare l'eventuale mancanza di imputabilità in quanto questa sarebbe un'indagine da devolvere al giudice.²⁰⁶

²⁰⁴ M.T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 26.

²⁰⁵ M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 29.

²⁰⁶ Sul punto si pronuncia PONTI, *La perizia psichiatrica sull'imputabilità*, Milano, 1987, p. 602 ss., il quale precisa che compito del perito è quello di "comunicare e far capire al giudice ciò che la sua sensibilità professionale gli ha fatto intendere della realtà di quell'uomo [...] ma lascerà al giudice il compito di utilizzare quelle

Maria Teresa Collica si dimostra sfiduciata rispetto alla suddetta impostazione che vede una netta distinzione tra i due aspetti dell'indagine, l'uno diagnostico e l'altro valutativo²⁰⁷. E' invece più propensa al riconoscimento di un auspicabile intreccio tra i due piani, e non è l'unica.²⁰⁸

Bisogna però rendersi conto del fatto che se si pretende una collaborazione di esperti psicologi o psichiatri anche su questioni relative al secondo piano del giudizio dell'imputabilità, bisogna superare il contenuto della formula tramite cui ci si rivolge ai periti all'atto dell'affidamento dell'incarico. In particolare, quello che secondo la Collica sarebbe auspicabile, riguarda un abbandono del rigido riferimento alla capacità di intendere e di volere, per abbracciare un'indagine incentrata su una valutazione globale del profilo personologico del soggetto in modo da comprendere non se l'autore del reato sia capace di intendere e di volere in astratto al momento del fatto, ma piuttosto quanto fosse consapevole dello specifico crimine²⁰⁹.

5. Il ruolo del perito

Abbiamo già detto che la perizia psichiatrica è volta ad accertare la presenza di un vizio di mente ed a stabilire se sia rintracciabile un nesso eziologico che legghi il reato a questo.

L'analisi periziale deve perciò avere un approccio di matrice non strettamente clinica, ma più largamente medico-giudiziaria,

conoscenze nel modo che meglio di lui saprà fare". E' infatti il giudice ad avere un quadro completo della realtà su cui è chiamato a giudicare.

²⁰⁷ Ci si riferisce qui ai due piani del giudizio di imputabilità: il primo volto alla diagnosi del disturbo, cioè alla verifica della sussistenza di un'infermità mentale; e il secondo relativo all'incidenza che tale disturbo ha mostrato avere nel soggetto agente al momento della commissione del reato.

²⁰⁸ Si esprime in questo senso, ad esempio, M. ROMANO in M. ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 3° ed., precisando che il giudizio sull'imputabilità di un soggetto "rimane una questione normativa di ultima competenza del giudice".

²⁰⁹ M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 31

considerando in maniera specifica la condotta oggetto del processo. Le caratteristiche indicate dall'art. 133 c.p. (carattere, condotta abituale del reo, condizioni di vita individuale familiare e sociale)²¹⁰ non possono assumere rilevanza ai fini della valutazione dell'imputabilità: l'art. 220 c.p.p. al secondo comma stabilisce l'inammissibilità di perizie autonome riguardanti la personalità, il carattere o la pericolosità dell'autore del reato, e più in generale le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche.²¹¹ Queste possono essere considerate dallo psichiatra nell'ambito della sua perizia solamente come sintomi dell'esistenza di un malessere che ne costituisca l'origine, che è quello che rileva e che deve essere oggetto di accertamento, per permettere una valutazione più completa del soggetto.

È possibile effettuare delle perizie sulla personalità solamente per condurre scelte ponderate nella fase di esecuzione della pena.

L'indagine del perito psichiatra, come già accennato, è molto più complicata di quella strettamente clinica. Oltre a dover condurre la complessa valutazione relativa al nesso eziologico tra vizio di mente e reato, l'esperto deve considerare nella sua opera di accertamento anche la possibilità di trovarsi di fronte a situazioni di simulazione.

Una volta effettuata l'indagine periziale mediante una serie di incontri con il paziente, che devono essere facilitati dall'istituzione penitenziaria mediante un sufficiente grado di riservatezza, l'esperto

²¹⁰ Art. 133 c.p. : "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

²¹¹ Art. 220 c.p.p., comma 2 : "Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche."

fornisce le proprie conclusioni al giudice.²¹²

Il giudice ha il ruolo di “peritus peritorum” e deve valutare le risultanze fornite dal perito, potendo conseguentemente aderire ad esse o disattenderle, considerando anche il fatto che verosimilmente si troverà di fronte non solo alla propria fonte di perizia, ma anche a quelle presentate dai consulenti di parte.

E’ importante mettere dei paletti in quello che è il rapporto perito-giudice, essendo sì quest’ultimo “peritus peritorum”, ma non potendosi in conseguenza di ciò auto-attribuire il potere di sindacare gli aspetti tecnici della decisione peritale, arrogandosi un sapere che non gli è proprio.

Il giudice deve verificare il grado di attendibilità del giudizio tecnico, la scientificità delle modalità di accertamento e la coerenza delle risultanze fornite, senza dover dimostrare tecnicamente l’esattezza delle conclusioni raggiunte dal perito (sarebbe ciò contraddittorio)²¹³.

I problemi sorgono nel caso in cui vi siano altre conclusioni, contrastanti, derivanti dalle perizie di parte.²¹⁴ In questo caso il giudice deve motivare la scelta della tesi che deciderà di adottare necessariamente con argomenti di natura tecnica, che è l’aspetto che rende una perizia più attendibile dell’altra. Il che risulta una sorta di paradosso: si investe il perito dell’incarico di svolgere un

²¹² L. GRASSI-C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2003, p. 219

²¹³ Sul punto si è pronunciata la Cassazione: Cass., Sez. I pen., 22 Dicembre 1993, n. 11706 : “ In tema di valutazione delle risultanze peritali, posto che la perizia viene disposta, come previsto dall’art. 220 c.p.p. “quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche” (competenze che, pertanto, debbono ritenersi, per definizione, escluse dalle cognizioni del giudice e, in genere dalle nozioni di comune esperienza), ne deriva che sarebbe contraddittorio pretendere dal giudice la autonoma dimostrazione dell’esattezza delle conclusioni raggiunte dal perito, quando a tali conclusioni egli ritenga di prestare adesione, dovendosi invece ritenere sufficiente che dalla motivazione del provvedimento giurisdizionale risulti come detta adesione non sia stata acritica e passiva, ma sia stata frutto di attento e ragionato studio, necessariamente condotto, peraltro, nel presupposto che le suddette conclusioni peritali, sia per la “particolare competenza” di cui il perito deve presumersi fornito (art. 221 c.p.p), sia per l’impegno che egli deve assumere all’atto del conferimento dell’incarico (art. 226 comma primo c.p.p.), siano, fino a prova contraria, affidabili.”

²¹⁴ L. GRASSI-C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2003,

accertamento psichiatrico in quanto il giudice risulta carente di sufficiente competenza tecnica in tale campo, ma poi si chiede al giudice stesso di effettuare una scelta tra varie perizie, andando ad esaminare quella che tecnicamente appare più verosimilmente attendibile.²¹⁵

In ogni caso, la motivazione data dal giudice, potrà essere sindacata in sede di legittimità²¹⁶ solo sotto il profilo della congruità dei criteri che hanno determinato la scelta tra le opposte tesi scientifiche. Ciò vuol dire che la motivazione del giudice può essere sindacata solo se questo non abbia dato congrua ragione della scelta o se non si sia soffermato nelle altre tesi che ha deciso di non adottare.²¹⁷

La motivazione del giudice, in questi casi, deve inevitabilmente essere di natura tecnica. E questo è un paradosso: il giudice si affianca di un perito proprio perché sfornito di conoscenze tecniche.

Nel valutare la complessità dell'opera del perito, ci si imbatte anche nelle pratiche di simulazione, altro aspetto problematico.

Con il termine "simulazione" si intende la finzione di disturbi psicologici e psichiatrici non esistenti, al fine di sottrarsi alle conseguenze delle proprie azioni.²¹⁸ La simulazione può però anche essere lontana dal tentativo di non volersi imbattere in sanzioni detentive, quando questa è intrinseca al disturbo stesso e si manifesta inconsciamente.

Sono infatti stati numerosi i tentativi di adottare comportamenti simulatori, ma spesso sventati perché i simulatori, volendo impressionare i periti, si sono comportati in maniera esageratamente goffa, esasperando dei comportamenti che ad occhi esperti rendono

²¹⁵ La Corte d'Assise d'Appello di Milano ha affermato in proposito: "Al giudice è attribuita la libertà di valutare le conclusioni peritali, con l'obbligo di motivare il proprio convincimento dal momento che il suo sindacato ricomprende l'elaborato nella sua globalità; oggetto del controllo è anche l'aspetto scientifico di esso, sicché la motivazione deve esprimersi con una logica tecnica" (Assise App. Milano, 13 marzo 1989, RIML, 1991, 270)

²¹⁶ In sede di Cassazione.

²¹⁷ Cass., Sez. I pen., 7 luglio 2000, n. 8076

²¹⁸ L. GRASSI-C. NUNZIATA, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Cedam, Padova, 2003, p.226 e ss.

palese la loro inverosimiglianza. Nonostante ciò, i test che vengono somministrati da parte degli psichiatri, possono essere potenzialmente aggirati da soggetti dotati di un sufficiente grado di conoscenza della patologia.

Per scongiurare i tentativi simulatori, è stato elaborato negli USA un test psicometrico²¹⁹, il c.d. metodo O-S, che è stato negli anni soggetto a vari studi volti a vagliarne l'attendibilità²²⁰. Da una parte sembra essere un test particolarmente sensibile, ma dall'altra residua comunque un grado di inaffidabilità nell'utilizzo in ambito forense. Ciononostante, se coadiuvato dall'analisi di altre scale di validità del MMPI²²¹ e se guardato con sufficiente disincanto, risulta essere un test alquanto utile e efficace.

6. Il ruolo del giudice

Il ruolo che assume il giudice nel giudizio di imputabilità è quello di “gatekeeper”, ovvero “custode del metodo”. Questo vuol dire che ha il potere-dovere di controllare le conclusioni degli esperti alla stregua di un criterio di ragionevole validità, facendosi da garante dell'attendibilità di queste.²²²

Il ruolo di “peritus peritorum”, è meno pregnante in questo campo del

²¹⁹ I test psicometrici cercano di indagare sulle capacità intellettuali della persona, come l'intelligenza generale, la memoria, la percezione o l'attenzione. In questo test si studiano anche aspetti più specifici della intelligenza, come la capacità verbale, l'abilità numerica, abilità spaziali, capacità di astrazione, concentrazione, a seconda delle caratteristiche della posizione scelta. I test psicometrici hanno un limite di tempo per la loro esecuzione. Pertanto, l'interpretazione o la correzione viene effettuata sulla base di due criteri: le risposte giuste e sbagliate, e la velocità

²²⁰ L'attendibilità è correlata alla scientificità. Si attribuisce scientificità ad un determinato metodo di accertamento se verificabile dall'esterno tramite test empirici.

²²¹ MMPI è un acronimo che sta per Minnesota Multiphasic Personality Inventory. E' uno dei test maggiormente utilizzati sia in ambito psicologico che psichiatrico per valutare le caratteristiche della personalità e i disturbi emozionali. Nasce in un contesto clinico, ma viene impiegato anche nella psicologia del lavoro (per la selezione del personale, la valutazione dei candidati, ecc.) e nella psicologia giuridica (in ambito peritale).

²²² In passato la prova scientifica era definita come tale ex ante, ed il giudice era semplicemente un recettore passivo.

giudizio, essendo quelle riguardanti l'infermità mentale valutazioni di una certa complessità, per cui non appare sensato fornire una conclusione difforme da quella degli esperti, se questa è stata raggiunta correttamente.²²³ Il giudice potrà tenere conto o meno della perizia, ma non potrà disattenderla nel suo contenuto finale, "altrimenti si arrogerebbe un sapere che non possiede, ragione esatta per cui chiama, nel processo, il perito a renderlo edotto sul punto".²²⁴ Dando la giusta rilevanza al ruolo di giudice di peritus peritorum non si vuole attribuire agli esperti il potere di esprimere pareri vincolanti²²⁵, ma piuttosto confinare il controllo del giudice alla correttezza del metodo utilizzato dai periti. Non avrebbe infatti senso il ricorso agli esperti in un'ottica in cui volendo, il giudice, nonostante le risultanze peritali, possa affidare la soluzione del caso alla sua personale intuizione.

Non è questa una svalutazione del compito del giudice, che rimane comunque estremamente delicato, avendo egli il compito di valutare la correttezza del metodo utilizzato²²⁶, dalla quale dipende l'avallo della soluzione prospettata dall'esperto. Tale controllo lo fa assurgere infatti a supervisore dell'accertamento processuale.²²⁷ Se invece la prova scientifica è inedita, può essere conveniente richiedere direttamente la documentazione sulla validità del metodo proposto.

Tali conclusioni orientate nel senso del superamento della *fictio iuris* del giudice *peritus peritorum*, non sono condivise da tutti.

²²³ M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 18

²²⁴ V. ANDREOLI, *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, www.pol-it.org. In riferimento al caso Maso: "In pratica questo significa che se, come è accaduto nel caso Maso, il soggetto deve essere considerato sano di mente, o comunque capace di intendere e di volere nel momento del fatto, il magistrato non può fondare la propria decisione sul fatto che Maso sia seminfermo di mente. Può addurre qualsiasi altra motivazione alla sua sentenza, tranne questa. Altrimenti diventa un'offesa allo psichiatra e soprattutto alla psichiatria."

²²⁵ Sono queste posizioni della dottrina meno recenti. Cfr. O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Giuffrè, 2005, p. 328.

²²⁶ Ciò lo porta a dover verificare in primis la competenza e la capacità scientifica dell'esperto, che si possono desumere ad esempio dalle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, ecc., dalle eventuali pubblicazioni in riviste specializzate o dalle citazioni dei suoi scritti in studi del settore. Insiste su questo aspetto CONTI, *Iudex peritus peritorum*, cit. 33

²²⁷ M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 19

In opposizione a M.T. Collica, Silvia Mugnaini si preoccupa di far mantenere comunque al giudice una sfera di autonomia, necessaria in quanto le valutazioni che quest'ultimo opera sono diverse rispetto a quelle dell'esperto perché concernono profili più strettamente giuridici, che magari il perito fa fatica a cogliere e a giustificare, in quanto non investito dell'intera evidenza disponibile ad questo nello svolgimento dei suoi accertamenti.²²⁸

Se si guarda al contrario al ruolo del giudice come "gatekeeper", Silvia Mugnaini fa notare come il magistrato non abbia, in quanto "custode del metodo", dei parametri codificati alla stregua dei quali effettuare il suo controllo (parametri che siano quindi accertatamente corretti)²²⁹, e non abbia nemmeno un rapporto così stretto con il perito, come invece richiederebbe il ruolo di "gatekeeper". Il perito svolge infatti il suo lavoro lontano dal giudice, che interverrà solamente a perizia già conclusa per il vaglio finale, senza aver la possibilità di incidere *in itinere* sulle tecniche adoperate. Ed è per questo che è frequente il rischio di trovarsi di fronte a perizie non soddisfacenti.²³⁰ E' lo stesso codice all'art. 228, 4 comma c.p.p.²³¹ che limita il coinvolgimento del giudice al caso in cui sorgano questioni relativi ai poteri del perito ed ai limiti dell'incarico.

S. Mugnaini ritiene che una soluzione possa essere quella che gli psichiatri forensi si adoperino per redigere una sorta di decalogo²³² relativo ai canoni di svolgimento delle operazioni peritali, in modo da produrre una standardizzazione delle procedure di accertamento che potrebbe giovare alla comunicazione tra gli esperti stessi, alla maggiore comprensione da parte del giudice, e ad una maggiore certezza e uniformità delle risultanze.

²²⁸ S. MUGNAINI, *La prova dei fatti psichici*, cit.

²²⁹ Come lo sono ad esempio quelli forniti dalla sentenza Daubert nell'esperienza nordamericana

²³⁰ S. MUGNAINI, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 45

²³¹ Art. 228, comma 4, c.p.p. : " Quando le operazioni peritali si svolgono senza la presenza del giudice e sorgono questioni relative ai poteri del perito e ai limiti dell'incarico, la decisione è rimessa al giudice, senza che ciò importi sospensione delle operazioni stesse".

²³² Un decalogo di tipo metodologico e deontologico.

CAPITOLO III

LA SENTENZA RASO E I CONTRASTI SULLA NOZIONE DI INFERMITÀ MENTALE

SOMMARIO:

1. Premessa; 2. La vicenda; 3. I vari modelli di “infermità mentale” e i relativi contrasti nella giurisprudenza di legittimità; 3.1 Il rilievo da attribuire ai disturbi della personalità; 3.2. Considerazioni conclusive; 4. La nozione di “infermità” in una prospettiva di diritto comparato; 5. La nozione di “infermità mentale” nei progetti di riforma del codice penale; 6. Le condizioni di “consistenza, intensità rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere”; 7. Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sulla nozione di “infermità mentale”; 8. L’influenza della sentenza Raso sui due piani di giudizio; 8.1. Le conseguenze sul primo piano di giudizio; 8.2. Le conseguenze sul secondo piano di giudizio.

1. Premessa

La c.d. “sentenza Raso”²³³ è una pronuncia decisamente carica di significato, che si occupa di mettere ordine tra le discordanti opinioni appartenenti alle varie correnti di pensiero che, negli anni, si sono

²³³ Cass. Pen., SS. UU., 8 marzo 2005 (u.p. 25 gennaio 2005), n. 9163. Pres. Marvulli – Rel. Marzano – p.m. esposito (concl. Conf.) – Raso. Vedi note di: M. BERTOLINO, *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir Pen. E Proc.*, n. 7, 2005. ; G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005.

scontrate nel tentativo di delineare i caratteri dell'infermità mentale penalmente rilevante.

La coraggiosa presa di posizione di questa decisione consiste nell'aver collocato i "disturbi della personalità" proprio in quel concetto di "infermità" che rileva ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente cui si riferiscono gli artt. 88 e 89 c.p..

Precisamente, la Corte stabilisce che: *“anche i disturbi della personalità, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o scemare grandemente, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere di un soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, rilevanza, gravità e intensità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” e gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente; è inoltre necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo”*.²³⁴

Ma questa soluzione è solo la coda di un lungo processo di contrasti dottrinali e giurisprudenziali che la stessa Corte si occupa di analizzare e ripercorrere nei motivi della decisione, che verranno ricordati qui di seguito.

2. La vicenda

Giuseppe Raso, il 27 dicembre 2001 verso le ore 4, esplose due colpi di pistola a Vittorio Alemanno. Questi colpi feriscono la vittima

²³⁴ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1851

all'altezza del collo e della testa, provocandole la morte²³⁵. Gli agenti di polizia trovano Raso con la pistola in pugno, che esclama "Sono stato io, così ha finito di rompere". Di fronte ai ripetuti inviti a gettare l'arma, Raso si mostra non collaborativo e gli agenti sono costretti a immobilizzarlo e disarmarlo.

Dalla confessione di Raso, e dai primi atti di indagine, emerge come l'omicidio è maturato a causa di incessanti diverbi condominiali. La discussione è legata precisamente a presunti rumori dell'autoclave che provengono dall'appartamento della vittima, che si trova al piano di sopra rispetto a quello dell'omicida. Raso, infastidito da questi rumori, aveva più volte tentato di disattivare l'impianto di energia, e lo stesso fa la mattina dell'omicidio.

Risalendo dalla cantina, dove si trova la centralina dell'energia elettrica, si imbatte in Alemanno, e nasce l'ennesima lite, sta volta conclusa però in maniera tragica.²³⁶

Giuseppe Raso viene a questo punto tratto al giudizio del G.i.p. del Tribunale di Roma, e decide di procedere con rito abbreviato condizionato ad un accertamento peritale sulla sua capacità di intendere e di volere e della sua pericolosità.

Il giudice dichiara l'imputato colpevole dei reati che gli sono ascritti (Reati di cui agli artt. 61 n. 1, 4, e 5²³⁷, 575²³⁸, 577 n. 3²³⁹; 337²⁴⁰; 62,

²³⁵ Carla Pochettino, la moglie della vittima, sente gli spari e accorre sul pianerottolo condominiale dove trova il coniuge steso a terra. Cerca di soccorrerlo, ma Raso le punta contro la pistola e la minaccia "ora ammazzo pure te". In un secondo momento le punta l'arma contro la tempia.

²³⁶ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, pp. 1851-1852

²³⁷ Art. 61: "Aggravano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi abietti o futili; 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento; 4) l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone; 5) l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; 6) l'aver il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato; 7) l'aver, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità; 8)

n. 2²⁴¹; 81²⁴²; 612 comma 2²⁴³ c.p.), unificati sotto il vincolo della continuazione, ricondoscendogli la diminuzione del vizio parziale di

l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso; 9) l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto; 10) l'aver commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cattolico o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o console di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio; 11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione, o di ospitalità; 11-bis) l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale; 11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione; 11-quater) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere; 11-quinquies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all'art. 572 del c.p., commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza”.

²³⁸ Art. 575 c.p.: “Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno”.

²³⁹ Art. 577: “Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso: 1) contro l'ascendente o il discendente; 2) col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso; 3) con premeditazione; 4) col concorso di taluna delle circostanze indicate nei numeri 1 e 4 dell'articolo 61. La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta”

²⁴⁰ Art. 337: “Chiunque usa violenza o minaccia per opporsi a un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio, mentre compie un atto di ufficio o di servizio, o a coloro che, richiesti, gli prestano assistenza, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni”.

²⁴¹ Art. 62: Attenuano il reato, quando non ne sono elementi costitutivi o circostanze attenuanti speciali, le circostanze seguenti: 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità, e il colpevole non è delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza; 4) l'aver nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità, ovvero, nei delitti determinati da motivi di lucro, l'aver agito per conseguire o l'aver comunque conseguito un lucro di speciale tenuità, quando anche l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità; 5) l'essere concorso a determinare l'evento, insieme con la azione o l'omissione del colpevole, il fatto doloso della persona offesa; 6) l'aver, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi prima del giudizio e fuori del caso preveduto nell'ultimo capoverso dell'articolo 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato”.

²⁴² È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della

mente, e lo condanna alla pena di anni quindici e mesi quattro di reclusione, e alla pena accessoria della interdizione perpetua dai pubblici uffici. Dispone inoltre la misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia per una durata minima di tre anni, e la confisca dell'arma e delle munizioni sequestrate. Lo condanna infine al risarcimento del danno in favore delle parti che si sono costituite civilmente.

Per pervenire alla sentenza, il giudice prende in considerazione gli accertamenti tecnici che sono stati disposti al riguardo.

Una prima consulenza psichiatrica, disposta dal p.m., era giunta alla conclusione che seppur in presenza di un disturbo della personalità, la capacità di intendere e di volere del soggetto risultava comunque intatta²⁴⁴.

Una seconda consulenza, sempre disposta dal p.m., in una prima stesura²⁴⁵ individuava nell'imputato la totale incapacità di intendere e di volere in conseguenza del suo disturbo, mentre in una seconda stesura²⁴⁶ rivede le sue affermazioni e si orienta verso la sussistenza di una parziale capacità complessiva.

stessa o di diverse disposizioni di legge. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti. Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave.

²⁴³ Chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 1.032. Se la minaccia è grave, o è fatta in uno dei modi indicati nell'articolo 339, la pena è della reclusione fino a un anno e si procede d'ufficio.

²⁴⁴ La perizia ha individuato "un disturbo della personalità di tipo paranoideo in un soggetto portatore di una patologia di tipo organico, consistente in una malformazione artero-venosa cerebrale" e ha ritenuto "nel soggetto la piena capacità di intendere ed escludendo invece nel medesimo la capacità di volere "grandemente scemata"

²⁴⁵ "(...) individuava nell'imputato la totale incapacità di intendere e di volere al momento del fatto, in quanto affetto da crisi psicotica paranoidea"

²⁴⁶ "(...) la sussistenza nel periziato di una parziale capacità complessiva, scaturente da una piena capacità di intendere e da una incapacità di volere limitatamente al momento della commissione del fatto, trattandosi di un soggetto non psicotico, bensì con personalità borderline di tipo paranoideo".

Il perito nominato dal giudice si orienta invece verso il riconoscimento di una parziale capacità di intendere e di volere, escludendo un disturbo “psicotico” in favore di un disturbo “paranoideo”, per il quale le capacità intellettive e volitive possono risultare compromesse, ma non escluse²⁴⁷.

Il giudice si trova così di fronte a conclusioni tecniche convergenti verso il riconoscimento di una seminfermità mentale, e ritenendole condivisibili accoglie questa impostazione, ed emana la sua sentenza²⁴⁸.

Nei confronti di questa sentenza l'imputato propone appello, e la Corte d'assise d'appello di Roma, con sentenza del 3 febbraio, mediante un ricalcolo di attenuanti e aggravanti ridetermina la pena, fissandola in anni sedici e mesi otto di reclusione, e revocando la misura di sicurezza dell'affidamento ad una casa di cura e custodia.

²⁴⁷ In particolare, il perito del giudice escludeva “un disturbo borderline, individuando invece ... un disturbo paranoideo... frammisto ad elementi appartenenti al disturbo narcisistico di personalità”; ha risalito “il percorso psicopatologico della personalità del soggetto individuato in un ‘nucleo depressivo profondo’, legato ad avvenimenti personali ed in grado di determinare radicati sentimenti di inabilità, insufficienza, inadeguatezza...” che avrebbero “portato il Raso per anni ad alimentare ‘vissuti fortemente persecutori e tematiche di natura aggressiva, come risposta alla incapacità di assumersi la responsabilità dei propri fallimenti esistenziali’ fino a polarizzare la propria esistenza intorno a ‘contenuti ideici che non possono essere definiti deliranti, ma che possono essere compresi attraverso la definizione psichiatrica di ‘idee dominanti’ ...” ritenendo che “il Raso ‘abbia sperimentato, mediante la totale invasività del pensiero persecutorio con le caratteristiche delle idee dominanti, uno scardinamento delle proprie labili capacità di controllo delle scariche impulsive e della propria aggressività, ... si tratta di un passaggio all’atto in cui il libero dispiegarsi dei meccanismi della volontà viene impedito dal massiccio vissuto persecutorio’ ...” e che “l’imputato abbia posseduto nelle fasi immediatamente prima del delitto, come attualmente, ‘una compromissione della capacità di intendere, che, se non giunge alla grave destrutturazione tipica delle autentiche esperienze psicotiche, si caratterizza per una profonda anomalia del pensiero’”. Il perito del giudice concludeva, quindi, per la sussistenza “di una condizione psicopatologica in cui entrambe le capacità di intendere e di volere erano significativamente danneggiate, ma senza giungere al loro totale azzeramento”, precisando che “quanto alla patologia organica accusata dall’imputato e consistente in una malformazione artero-venosa cerebrale” era da rifiutare l’idea che “essa abbia avuto un ruolo esclusivo nell’infermità psichiatrica anche se certamente contribuisce a determinare la condizione del predetto, incidendo negativamente sulle sue capacità di volizione”.

²⁴⁸ “tutti i consulenti tecnici, compresi quelli della parte civile” hanno affermato che “ci sembra corretto ritenere che il soggetto possa al massimo essere ritenuto seminfermo di mente”.

I giudici d'appello ritengono infatti che sia il perito del giudice, sia i c.t. del p.m., hanno riscontrato nell'imputato semplici disturbi della personalità, non integranti in quanto tali la nozione di "infermità" fornita dall'art. 89 del codice penale. E' utile riportare letteralmente questo passaggio: "le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in una 'alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia' ... né in una 'infermità o malattia mentale o ... alterazione anatomico-funzionale della sfera psichiatrica' ..., bensì in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89 del c.p."²⁴⁹

Avverso tale sentenza l'imputato propone ricorso per Cassazione²⁵⁰, e questo viene assegnato alla I sezione penale. Con ordinanza del 13

²⁴⁹ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1853

²⁵⁰ *Ibidem*. Vengono ripercorsi i motivi di ricorso dell'imputato. Egli denuncia: "a) vizi di violazione di legge e di motivazione, in relazione agli artt. 89, 575 c.p.. Deduce che la sentenza impugnata non aveva tenuto conto degli esiti delle disposte consulenze e perizia, e contraddittoriamente aveva escluso la seminfermità di mente, pur dando atto che "la personalità dell'imputato era certamente disturbata...e che tale disturbo fornì all'imputato stesso gli 'impulsi anomali a commettere quei particolari delitti contestatigli e , con la pressione di un violento e esasperato vissuto di persecuzione, gli attenuò le capacità di autocontrollo"; aggiunge che neanche si era tenuto conto "che gli specialisti avevano evidenziato una vera e propria lesione organica cerebrale ..., sicchè esisteva una base organica che indubbiamente ha contribuito nello sviluppo della personalità di tipo paranoideo". Rileva, poi, che "la valutazione dell'imputabilità è comunque del tutto erronea..." giacchè "la varietà delle infermità mentali è così complessa che non può racchiudersi nell'ambito di tipologie circoscritte alla malattia", e che (all'uopo richiamando arresti giurisprudenziali di questa suprema Corte) " anche le anomalie psichiche costituiscono vera e propria malattia ai sensi della legge penale quando abbiano avuto un sicuro determinismo rispetto all'azione delittuosa e quindi un 'rapporto motivante con il fatto delittuoso commesso'..." ; b)vizi di violazione di legge e di motivazione, in relazione all'art. 61 n. 5 c.p.- Lamenta il ricorrente che erroneamente sarebbe stata riconosciuta tale aggravante, sul presupposto che l'imputato avrebbe profittato dell'ora notturna e della circostanza che la persona offesa si era appena destata dal sonno, e che, attesa l'ora tarda, difficilmente avrebbero potuto intervenire altre persone per sedare la lite, laddove, invece, l'imputato aveva 'agito soltanto nel momento in cui l'impulso derivante dalla persecuzione è diventato per lui irrefrenabile'; non avrebbero inoltre considerato i giudici dell'appello che 'il fatto avvenne nelle scale condominiali del palazzo cui erano condomini sia il Raso che la vittima e quindi quest'ultimo, che era uscito di casa ben consapevole che la luce era stata staccata proprio dal Raso, aveva ogni possibilità, conoscendo i luoghi, di sottrarsi all'aggressione'; c) vizi di violazione di legge e motivazione in relazione agli artt. 62-bis, 133 c.p.: erroneamente – assume il

ottobre 2004 viene disposta la rimessione della questione alle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., a causa di un contrasto giurisprudenziale, sorto ormai da tempo, intorno al concetto di "infermità"²⁵¹.

Una risoluzione del disaccordo tra le diverse concezioni era infatti diventata doverosa perché non si trattava più di una mera diversità di vedute, ma di un vero e proprio contrasto giurisprudenziale tra le decisioni delle singole sezioni, tale da mettere a repentaglio il principio di uguaglianza e da rendere necessario, ex art. 618 c.p.p.²⁵², un intervento delle Sezioni Unite²⁵³ per dirimere i dubbi interpretativi²⁵⁴ sorti circa il peso da attribuire ai "disturbi della personalità"

ricorrente – era stato escluso il giudizio di prevalenza delle attenuanti generiche sull'aggravanti di cui all'art. 61 n. 5 c.p., non valutandosi che l'imputato aveva agito 'con la pressione di un violento ed esasperato vissuto di persecuzione' e non tenendosi conto della sua incensuratezza e della sua età ("circa settant'anni" all'epoca dei fatti) ”.

²⁵¹ Un più risalente indirizzo ha ritenuto che "in tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità". L'indirizzo opposto, minoritario, ha ritenuto invece che "il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi".

²⁵² Art. 618 c.p.p. : "Se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo oppure può dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite". C'è da dire che una volta ricevuto il ricorso, il presidente della Corte di Cassazione può restituire alla sezione il ricorso qualora siano stati assegnati alle Sezioni Unite altri ricorsi sulla stessa questione, oppure quando il contrasto giurisprudenziale risulti superato. Non può essere restituito il ricorso che è stato rimesso da una sezione della corte di cassazione con l'enunciazione delle ragioni che possono dar luogo a un nuovo contrasto giurisprudenziale ex art. 172 disp. Att. C.p.p.

²⁵³ L'art. 65 Ord. Giud. individua il ruolo da attribuire alle Sezioni Unite nell'ambito del processo penale: "assicurare l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, e attraverso essa, il recupero di nomofilachia della Corte di cassazione al fine di garantire la "unità del diritto oggettivo nazionale". V. BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in AA. VV., *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, II, Torino, 1998, 571 ss.

²⁵⁴ Come dice Cass., Sez VI, 21 maggio 1993, Morabito, in C. E. D., Cass., n. 194193: "presupposto indispensabile per la rimessione di una questione alle Sezioni Unite a norma dell'art. 618 c.p.p. è che l'assoluta inconciliabilità fra le diverse

nell'ambito di quella infermità mentale che rileva ai fini dell'esclusione dell'imputabilità.

Le Sezioni Unite hanno infatti il compito di garantire la certezza del diritto (assicurando l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali) e di tutelare principio di uguaglianza, che impone di risolvere in modo identico situazioni uguali. Esse si trovano, in questo caso, a dover fronteggiare una questione particolarmente complessa, essendo questa radicata nel mondo della scienza medico-legale e psichiatrico-forense²⁵⁵, il che rende necessarie valutazioni di tipo extra-giuridico per poter giungere all'individuazione del principio di diritto.

È per questo motivo che il ricorso viene rimesso alle Sezioni Unite dalla I sezione penale della Corte di Cassazione, con ordinanza del 13 ottobre 2004.

3. I vari modelli di “infermità mentale” e i relativi contrasti nella giurisprudenza di legittimità

I contrasti dottrinali e giurisprudenziali, dice la Corte, possono facilmente trovare la loro ragion d'essere nel difficile rapporto che intercorre tra giustizia penale e scienza psichiatrica, secolarmente al centro di molti dibattiti. La scienza psichiatrica è infatti una branca del sapere fisiologicamente caratterizzata da un processo evolutivo che muta al passo con i tempi, e che di conseguenza a questa mutazione può mettere in crisi i paradigmi tradizionali e provocare un pluralismo interpretativo.²⁵⁶

È proprio sul versante scientifico che si possono rintracciare le maggiori problematicità: si parla ormai da tempo di “crisi della

affermazioni di principio emerga, ictu oculi, dalla comparazione fra determinate massime.

²⁵⁵ E' la stessa sentenza che ammette che “è proprio sul versante dei sicuri ancoraggi scientifici che la proposta questione presenta i più rilevanti aspetti di problematicità”.

²⁵⁶ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1855

psichiatria”, risultando particolarmente ardua la classificazione dei disturbi psichiatrici non solo per l’assenza di una terminologia generalmente accettata, ma soprattutto per i profondi contrasti che sorgono continuamente nella letteratura psichiatrica. La difficoltà che si incontra nell’individuare sicuri ancoraggi scientifici, si riverbera inevitabilmente nell’uso arbitrario che il giudice fa della scienza psichiatrica. Il che provoca i suddetti contrasti giurisprudenziali.²⁵⁷

È quindi la presenza di modelli scientifici tra loro diversi che determina l’insorgenza di decisioni diseguali. Queste dipendono unicamente dalla concezione di infermità che il giudice decide di abbracciare per giungere alla sua sentenza. Il giudice si viene infatti a trovare nella situazione di dover scegliere tra i diversi orientamenti scientifici, con tutte le differenze applicative che ne conseguono.²⁵⁸

Il più tradizionale paradigma medico risale all’800. Secondo questo modello, chiamato “*nosografico*”, le infermità mentali sono vere e proprie malattie del sistema nervoso o del cervello, aventi un substrato organico o biologico. In sostanza, si può rintracciare una identità tra infermità di mente e patologia, e quindi l’accertamento occorrente per il giudizio di imputabilità è collegato con le classificazioni nosografiche della scienza psichiatrica.²⁵⁹ Questo vuol dire che laddove non si ritracci una corrispondenza del disturbo psichico al “quadro-tipo” di una determinata malattia, non si può parlare di un vizio di mente.²⁶⁰

²⁵⁷ *Ibidem*

²⁵⁸ BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990, p. 27 ss. ; FIANDACA, *op. cit.*, p. 868

²⁵⁹ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1858

²⁶⁰ Così Sez. I, n. 930/79: “quando il disturbo psichico e aspecifico non corrisponde al quadro-tipo di una determinata malattia, non esiste uno stato patologico coincidente col vizio parziale di mente”. In dottrina: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, p. 119: “Siamo così giunti, per esclusione, ad isolare l’infermità di mente nelle sue sole forme cliniche, di cui diamo qui una delle più autorevoli classificazioni (Tanzi), non senza avvertire che ogni trattato di psichiatria ne ha una propria, e che esse vanno continuamente mutando, come le conclusioni della scienza da cui provengono”. *Contra* ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, cit., p. 472: “Lo stato patologico può anche essere non clinicamente definibile...” e G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 486:

Ai primordi del '900, periodo psichiatricamente fervido grazie all'opera freudiana ²⁶¹ si assiste ad una valorizzazione del ruolo dell'inconscio, inizia a proporsi un diverso paradigma, quello c.d. "psicologico", per il quale i disturbi mentali sono disarmonie dell'apparato psichico a causa delle quali la realtà inconscia arriva a preponderare sul mondo reale. Così, il concetto si amplia fino a coinvolgere anche i disturbi morbosi dell'attività psichica come psicopatie, nevrosi o disturbi dell'affettività, e non solo le psicosi organiche ²⁶². Oggetto dell'indagine non è più la *persona-corpo*, ma la

“Vengono al riguardo in considerazione, anzitutto, le malattie mentali vere e proprie, quelle alterazioni, cioè, delle funzioni intellettive o volitive dell'agente che turbano la percezione, la memoria, l'ideazione, la volontarietà ecc. si discute molto, tra gli psichiatri, se tali infermità di mente derivino tutte da un'alterazione organica del cervello o possano anche avere un carattere meramente funzionale. E mentre da alcuni si ritiene che debbano essere sempre riportate ad un'anomalia organica, per altri, invece, esse non hanno una base fisiologica dimostrabile. Dal che, deriva che, ai fini di sceverare e valutare le malattie, è necessario ricorrere a criteri puramente patogenetici e sintomatologici, i quali sono, specie questi ultimi, quanto mai vaghi, incerti e mutevoli. Non occorre, invero, perché si possa ammettere il vizio di mente, che la malattia mentale si trovi già *clanicamente circoscritta e determinata*, la basta qualsiasi disturbo morboso dell'attività psichica che sia tale da togliere la capacità di intendere o di volere. Occorre, in altre parole, che l'anomalia psichica giunga a negare la presenza di una personalità morale nel soggetto agente, la quale manca quando l'individuo non è in grado di valutare i nessi che lo uniscono al mondo esterno, o quando egli non è in grado di ergersi al di sopra degli stimoli o dei motivi che lo spingono all'azione.

²⁶¹ Sigmund Freud è un neurologo e psicoanalista austriaco, padre della psicoanalisi. Freud ci presenta tre livelli della personalità: l'Es (livello più basso e originario, che è permanentemente sottomessa all'inconscio), l'Io (parte ampiamente conscia, che obbedisce al principio di realtà), e il Super-Io (coscienza sociale). Secondo la sua teoria i processi inconsci influiscono sul pensiero, sul comportamento e sulle interazioni tra individui. Nella psicoanalisi freudiana occupano un ruolo importante anche gli impulsi sessuali, che si pongono alla base dei processi interpretativi. Proprio questa grande importanza data alla sessualità da parte di Freud, è il punto più contestata dagli indirizzi di pensiero alternativi, come quelli di Jung o Adler. In un primo momento Freud si dedica agli effetti dell'ipnosi nella cura di pazienti psichiatrici, ed è proprio a questo periodo che si possono ricondurre i nuclei su cui poi si fonderà la psicoanalisi, come le associazioni libere, i lapsus, gli atti involontari, gli atti mancati, l'interpretazione dei sogni, le pulsioni, il complesso di Edipo, la libido e le tre componenti prima citate. Le teorie di Freud sono ancora dibattute, e molti mettono in discussione l'efficacia terapeutica della psicoanalisi.

²⁶² Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1859. I disturbi mentali vengono ricondotti a “disarmonie dell'apparato psichico in cui le fantasie inconscie raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa, per il soggetto, più significanti della realtà esterna.

persona-psiche, e in questo modo la scienza recupera la soggettività dell'uomo, venuta meno nel precedente modello medico ²⁶³.

Un altro indirizzo è riconducibile agli anni '70 del secolo scorso, il c.d. paradigma “*sociologico*”, per il quale la malattia mentale è un disturbo psicologico che non si può attribuire né ad una causa organica, né ad una causa psicologica, ma che ha piuttosto un'origine *sociale* essendo collegata all'ambiente di appartenenza del soggetto. Viene in questo modo negata la natura fisiologica o psicologica dell'infermità e proposto un concetto di infermità come “malattia sociale”. Da tale indirizzo sono infatti scaturiti orientamenti ²⁶⁴ che rifiutano la natura organica della malattia mentale. ²⁶⁵

Dopo aver passato in rassegna i tre modelli di malattia mentale che si sono proposti nella scienza psichiatrica, la Corte a delineare l'attuale concezione, caratterizzata da un “modello integrato”, che supera la visione monocausale della per abbracciare una elaborazione

²⁶³ Così. GRECO-CATANESI *La malattia mentale e la giustizia penale*, Giuffrè, 1988, p. 6 ss.

²⁶⁴ Ci si riferisce alla c.d. “antipsichiatria”, o termine unitario (elaborato per la prima volta da David Cooper nel 1967) per riferirsi a quegli approcci che si pongono in contrasto con le pratiche della psichiatria dominante. È un movimento di contestazione sorto all'interno della psichiatria e della psicanalisi anglosassoni a partire dal 1965 (sperimentazione delle Free Clinics, centri collettivi contro-culturali di vita e terapia) e affermatosi in *Europa* dal 1970. Le sue origini vanno tuttavia individuate nel recupero di istanze esistenzialistiche e in suggestioni provenienti dagli studi di *M. Foucault*, in particolare *Histoire de la folie à l'âge classique* (1961) che ricostruiva le forme della repressione psichiatrica messe in atto a partire dal sec. 17° a fronte della tolleranza verso il malato di mente nel Medioevo. Il movimento ha criticato radicalmente il concetto di malattia mentale, considerandola come una scelta dell'individuo in risposta a contraddizioni sociali e non risultato di disfunzioni e disturbi. Secondo i teorici dell'a., la terapia deve prescindere dal ricorso a istituti manicomiali, da ogni forma di segregazione e dal tentativo di criticare razionalmente le costruzioni deliranti del paziente; il malato di mente deve essere invece sostenuto dal terapeuta, mentre l'istituzione psichiatrica deve presentarsi come semplice struttura sociopolitica aperta. Particolare sviluppo ha ricevuto tale ultimo aspetto in *Italia* all'interno del movimento Psichiatria democratica, che ha contestato alla psichiatria tradizionale e ai nosocomi psichiatrici un ruolo di conservazione sociale e politica. Si sono segnalati *F. Basaglia*, *E. Cotti* e *R. Vigevani*, la cui azione ha influito sulla l. 180/13 maggio 1978 di riforma psichiatrica. (<http://www.treccani.it/enciclopedia/antipsichiatria/>). Su tali aspetti vedi *M. BERTOLINO*, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivista del controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Ind. Pen.*, 1998, p. 376 ss.; *MANNA*, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Utet, 1997, p. 198 ss.

²⁶⁵ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005

“multifattoriale integrata”, che tiene conto di tutte le variabili (biologiche, psicologiche, sociali, relazionali) che interferiscono nel determinismo della malattia.²⁶⁶

3.1. Il rilievo da attribuire ai disturbi della personalità

In ragione della molteplicità dei modelli elaborati relativamente alla categoria del “vizio di mente”, la suprema Corte ha nel tempo aderito all’uno o all’altro dei paradigmi suesposti, provocando rilevanti oscillazioni interpretative sul rilievo da attribuire ai “*disturbi della personalità*”.

Un primo indirizzo interpretativo si è posto in rotta di collisione con l’eventualità di coinvolgere i disturbi della personalità nel

²⁶⁶ In dottrina cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1995, p. 292: “ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il suo disturbo abbia in concreto l’attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo”; PAGLIARO, *Principi di diritto penale – parte generale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 629: “Perché si abbia vizio di mente, non è necessario che la infermità in questione sia di competenza psichiatrica. Basta un’infermità qualsiasi (anche se non ben definibile clinicamente), che abbia come effetto una situazione psicologica di incapacità di intendere o di volere”; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2002, p. 677: “L’infermità non può essere circoscritta ai soli quadri nosograficamente definiti, dovendo essere estesa ad altre situazioni morbose, anche se non ben definite clinicamente”; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale – parte generale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 263: “Più recentemente la giurisprudenza si è (...) orientata a ricondurre al concetto di infermità anche le *anomalie psichiche non inquadrare nelle classificazioni nosografiche* (come le psicopatie e le nevrosi) e anzi dà talora rilievo anche a *disturbi psichici di natura transitoria*”; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 435: “L’interpretazione del concetto di infermità ha poi subito un importante processo evolutivo, sganciandosi da paradigma della malattia mentale in senso stretto. I modelli esplicativi alternativi a quello medico sono di tipo psicopatologico o morboso, anche qualora abbiano natura *transitoria* o risultino *non inquadrabili nosograficamente* o *non ben definibili clinicamente*. (...) Al legislatore interessa non tanto la classificabilità del disturbo psichico in una specifica categoria nosografica, quanto la sua attitudine ad incidere, nel caso concreto, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente”: C.F. GROSSO-M. PELLISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 423: “Si potrebbe, pertanto, applicare l’art. 85 c.p. (...) ai casi non disciplinati in modo alcuno dal codice, quale quello (in verità piuttosto scolastico, in epoca di globalizzazione) del selvaggio o del soggetto gravato da un’insanabile *rusticitas*, che ne renda evidente l’assoluta mancanza di socializzazione”.

riconoscimento del vizio di mente ex artt. 88 e 89. Tale corrente di pensiero è abbracciata da numerose pronunce²⁶⁷ che si basano sul comune presupposto di privare i disturbi della personalità di qualsiasi rilevanza nell'ottica dell'esclusione dell'imputabilità. Bisogna, perciò, restare strettamente ancorati ad una concezione rigorosamente nosografica e patologica della malattia mentale, escludendo le c.d. abnormità psichiche prive di un substrato organico, come le nevrosi e le psicopatie. In particolare, la Corte ha precisato in una decisione del 1991, che solamente le psicosi possono essere considerate vere e proprie malattie mentali, mentre le psicopatie sono piuttosto delle alterazioni caratteriali ("caratteropatia"), che non sono idonee ad influire sulla sfera intellettuale andando ad annullare o scemare la capacità di intendere e di volere²⁶⁸.

²⁶⁷ E' interessante ripercorrere alcuni significativi passi della Corte di Cassazione che si rifanno a questo orientamento. Sez. VI, n. 26614 del 2003: "le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono solo le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie o quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità" sicché "esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali"; Cass., Sez. I pen., n. 7253, 1991: "Le manifestazioni di tipo nevrotico, depressive, i disturbi della personalità, comunque prive di un substrato organico, la semplice insufficienza mentale, "non sono idonee a dare un fondamento ad un giudizio di infermità mentale"; Cass., Sez. I pen., n. 13202, 1990: solo "l'infermità mentale avente una radice patologica e fondata su una causa morbosa può fare escludere o ridurre, con la capacità di intendere e di volere, l'imputabilità, mentre tutte le anomalie del carattere, pur se indubitabilmente incidono sul comportamento, non sono idonee ad alterare nel soggetto la capacità di rappresentazione o di autodeterminazione"; Cass., Sez. V pen., n. 1078, 1997, ci dice che l'eventuale difetto di capacità intellettuale che deriva da semplici disturbi della personalità o alterazioni caratteriali resta priva di rilevanza giuridica, o ancora nel 1997, Cass., Sez. I pen., n. 10422: le semplici anomalie del carattere, oppure i disturbi della personalità non influiscono sulla capacità di intendere e di volere "in quanto la malattia di mente rilevante per l'esclusione o per la riduzione dell'imputabilità è solo quella medico-legale, dipendente da uno stato patologico veramente serio, che comporti una degenerazione della sfera intellettuale e volitiva dell'agente. O ancora: Sez. I, n. 16940, 2004; Sez. III, n. 22834, 2003; Sez. I, n. 10386, 1986; Sez. I, n. 13202, 1990; Sez. I n. 7315 del 1995; Sez. V, n. 1078, 1997; Sez. I n. 4238, 1986; Sez. II, n. 3307, 1984.

²⁶⁸ Cass., Sez. I pen., n. 299, 1991.

La Corte, nell'ambito di questa digressione, prende anche in considerazione le c.d. "reazioni a corto circuito", ovvero quelle situazioni a carattere transitorio che sono collegate con uno stato di perturbamento psichico di natura non patologica, riferibile ad uno stato emotivo e passionale.

Ci si chiede, nello specifico, se tali reazioni possano arrivare a procurare al soggetto un vizio di mente tale da inficiare la sua capacità di intendere e di volere, andando quindi ad assumere rilevanza dal punto di vista di un'eventuale esclusione o limitazione dell'imputabilità.

Secondo un primo orientamento, sarebbero da escludere dalla categoria delle infermità mentali rilevanti (ovvero quelle integranti una situazione tale da escludere la capacità di intendere e di volere), le c.d. "reazioni a corto circuito" non dipendenti da una causa patologica, ma piuttosto da ragioni emotive o passionali²⁶⁹.

Secondo un altro orientamento, gli stati emotivi e passionali possono trovarsi ad incidere sulla lucidità mentale del soggetto agente, ma senza provocare una diminuzione dell'imputabilità, a meno che non siano investiti da un *quid pluris* che associato ad essi porti a determinare un vero e proprio stato patologico, pure se non inquadrabile nell'ambito di una vera e propria classificazione nosografica. E' però necessario che l'esistenza di tale fattore sia accertata sulla base del contributo offerto dalla scienza psichiatrica.²⁷⁰

Si può quindi rintracciare in alcune decisioni l'idea che anche le c.d. "reazioni a corto circuito" (che appartengono normalmente al novero degli stati emotivi e passionali), in determinate situazioni, possano costituire estrinsecazioni di una vera e propria malattia che

²⁶⁹ Cass., Sez. I pen., n. 9701, 1992.

²⁷⁰ Cass. Sez. I pen., n. 967, 1997: l'esistenza del *quid pluris* "va accertata sulla base degli apporti della scienza psichiatrica la quale, tuttavia, nella vigenza dell'attuale quadro normativo e nella sua funzione di supporto alla decisione giudiziaria, non potrà mai spingersi mai al punto di attribuire carattere di infermità (come tale rilevante, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.), ad alterazione transeunti la sfera psico-intellettuale che costituiscano il naturale portato degli stati emotivi e passionali di cui sia riconosciuta l'esistenza".

compromette la capacità di intendere e di volere incidendo sulla capacità della persona di determinarsi in modo autonomo ²⁷¹.

Tornando ai vari orientamenti che si contrappongono nella collocazione dei “*disturbi della personalità*”, altro criterio da prendere in considerazione è quello che si sviluppa intorno alle varie intensità del disturbo stesso. Secondo coloro che abbracciano tale linea di pensiero, anche di fronte ad anomalie psichiche non classificabili secondo precisi schemi nosografici, e quindi sprovviste di base organica (come i disturbi della personalità), deve essere considerata l’intensità dell’anomalia, accertandosi se essa sia idonea ad escludere totalmente o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere. ²⁷²

²⁷¹ In tal senso: Sez VI, n. 23737, 2004; Sez. I, n. 11373, 1995; Sez. I, n. 7315, 1995; Sez. I, n. 4954, 1993; Sez. I, n. 9801, 1992; Sez. I n. 4268, 1982. E più di recente Sez. VI, n. 12621, 2010, afferma che la gelosia “quale stato passionale, in soggetti normali (...) si manifesta come idea generica portatrice di inquietudine che non è in grado né di diminuire, né tanto meno di escludere la capacità di intendere e di volere del soggetto, salvo che (e questo non è il caso di specie) esso nasca e si sviluppi da un vero e proprio squilibrio psichico, il quale deve presupporre uno stato maniacale, delirante o comunque provenga da un’alterazione psico-fisica consistente e tale da incidere sui processi di determinazione e di auto-inibizione”.

²⁷² Cass., Sez. IV pen., n. 22765, 2003. Ci sono interessanti pronunce recenti: “Anche se ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, perfino i “disturbi della personalità” possono rientrare nel concetto di “infermità”, essi devono presentarsi di *consistenza, intensità e gravità*, tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e, ancora devono porsi in nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, in modo tale che il fatto di reato sia ritenuto casualmente determinato dal disturbo mentale. Ne consegue che nessun rilievo, ai fini dell’imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati. E nel caso di specie il giudice correttamente, anche a prescindere dalla rilevanza o irrilevanza del disturbo mentale, ha escluso i nesso causale, che cioè il disturbo definito di mera “cleptomania” e che aveva dato in precedenza causa a semplici e modesti furti, potesse inserirsi quale fattore scatenante una condotta articolata e complessa quale quella di specie: introdursi nel seminario vescovile di Catanzaro, salire fino al secondo piano, introdursi, approfittando dell’assenza di persone, nella stanza del cappellano militare, S. G., quindi sottrarre una piccola somma di denaro ed usare violenza e cagionare lesioni al fine di garantirsi l’impunità, alla persona offesa rientrato nella stanza nella quale sorprende il prevenuto”; Cass., I sez. pen., 14 aprile 2013, n. 16631: “poiché come è noto, se ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente anche i “disturbi della personalità”, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di “infermità”, questi debbono però essere di *consistenza, intensità e gravità* tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e deve ricorrere un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale”;

All'interno di questo contesto si muove quell'orientamento giurisprudenziale che distingue tra "malattia mentale"²⁷³ (in senso strettamente clinico-psichiatrico) ed "infermità"²⁷⁴, essendo due concetti non totalmente sovrapponibili. La prima sarebbe sorretta da uno stato patologico, ma tale stato potrebbe riferirsi anche alle anomalie psichiche che non hanno base organica, purchè queste si manifestino con un grado di intensità tale da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere.²⁷⁵

Altre decisioni ancora si riferiscono al valore di "malattia" come quella situazione che, indipendentemente dalla qualificazione clinica,

Cass. III, 15 gennaio 2013, n. 1859: "Riguardo al primo motivo di ricorso occorre preliminarmente ricordare come, anche con riferimento al vizio parziale di mente, la giurisprudenza di questa Corte sia costante nell'affermare che pure i "disturbi della personalità", sebbene non rientrino sempre nel più limitato ambito delle malattie mentali, possono essere ricondotti al concetto di "infermità", a condizione che la loro consistenza, intensità e gravità siano tali da determinare una concreta incidenza sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola grandemente e sempre che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale".

²⁷³ In alcune versioni dizionariistiche la malattia è definita come "lo stato di sofferenza dell'organismo in toto o di sue parti, prodotto da una causa che lo danneggia, e il complesso dei fenomeni reattivi che ne derivano" ed "elemento essenziale del concetto di malattia è la sua transitorietà, il suo andamento evolutivo verso un esito, che può essere a seconda dei casi, la guarigione, la morte o l'adattamento a nuove condizioni di vita..." avvertendosi anche che "dal concetto di malattia sono esclusi i c.d. stati patologici, ossia quelle stazionarie condizioni di anormalità morfologica, o funzionale, ereditaria, congenita o acquisita, in cui non vi sono tessuti od organi in condizione di sofferenza e che sono compatibili con uno stato generale di buona salute: anomalie e deformità varie, postumi di malattie (come cicatrici e anchilosi), daltonismo, balbuzie, ecc..".

²⁷⁴ L'infermità secondo i dizionari della lingua italiana sarebbe invece un "termine generico per indicare qualsiasi malattia che colpisca l'organismo, soprattutto se permanente o di lunga durata e tale da immobilizzare l'individuo, o da renderlo totalmente o parzialmente inabile alle sue normali attività". Esso indica "la condizione di chi è ammalato, invalido. In particolare: qualsiasi tipo di malattia o di affezione morbosa, per lo più grave e di carattere permanente, che colpisce una persona, o, per estensione, il corpo, un suo membro, una sua parte .. difetto fisico, menomazione .. insufficienza, deficienza: inadeguatezza.."

²⁷⁵ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1862. Questo concetto proviene dalla sentenza della Cassazione Sez. I, n. 24255, 2004, che richiama la distinzione tra "malattia in senso clinico-psichiatrico e malattia in senso psichiatrico-forense", e uno "stato patologico che seppure non comprensivo delle sole malattie fisiche e mentali nosograficamente classificate, sia comunque riconducibile ad una 'infermità', ancorchè non classificabile o non insediata stabilmente nel soggetto. Vedi anche le altre seguenti pronunce sul tema: Sez. I n. 19523, 2003; Sez. I n. 5885, 1997; Sez. I, n. 3536, 1997; Sez. I n. 13029, 1989; Sez. I, n. 14122, 1986; Sez. I, n. 2641, 1986; o Sez. V, n. 1536, 1998.

assume significato di “infermità” e incide sulla capacità di intendere e di volere, arrivando a coinvolgere nella categoria dei “malati di mente” anche soggetti che sono affetti da nevrosi o psicopatia, quando tali disturbi si esprimono in maniera tale da assumere i connotati di una vera e propria psicosi²⁷⁶, dando rilevanza ad alcune situazioni definibili “borderline”.²⁷⁷

In molte decisioni che si rifanno ai criteri del substrato patologico, del valore di malattia, dell’intensità del disturbo, si individua un ulteriore requisito, ovvero la necessaria sussistenza di una correlazione diretta tra determinismo dell’azione delittuosa e abnormità psichica riscontrata. La giurisprudenza, ma anche la dottrina, ha posto particolarmente in rilievo l’importanza di tale passaggio, che porta ad *“attribuire rilevanza alle caratteristiche cliniche del soggetto psicopatico che determinano disarmonie nella personalità e sono capaci di alterare il meccanismo delle spinte e delle contropinte all’azione”*; il nesso di interdipendenza tra disturbo mentale e reato consente di *“ricercare nella vicenda storica quali spinte interne abbiano condotto alla realizzazione del delitto e portato il giudice ad indagare in concreto l’intensità della pressione esercitata dalla situazione di stimolo”*.²⁷⁸

3.2. Considerazioni conclusive

²⁷⁶ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1862. Cfr. Sez. I, n. 19532, 2003; Sez. I n. 3536, 1997; Sez. I, n. 4492, 1987; Sez. I n. 2641, 1986).

²⁷⁷ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005 p. 1862 V. Sez. I, n. 15419, 2002; Sez. I n. 6062, 2000)

²⁷⁸ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005 p. 1861. V. Sez. I, n. 19532, 2003; Sez. I, n. 3536, 1997; Sez. I, n. 12366, 1990; Sez. I, n. 4492, 1987; Sez. I, 4103, 1986; Sez. I, n. 14122, 1986.

Indubbiamente all'epoca in cui venne emanato il codice penale imperava ancora il paradigma medico-organicistico²⁷⁹. Non si può non considerare il contesto in cui ha operato il legislatore in quell'epoca, dove imperava un obiettivo generalpreventivo²⁸⁰, ed era invece rifiutato il principio di presunzione di innocenza dell'imputato in favore della regola *in dubio pro republica*.²⁸¹

Proprio in ragione di ciò, una voce autorevole della dottrina ha ritenuto che il criterio nosografico sia stato implicitamente recepito nel nostro ordinamento, sicchè se l'infermità mentale fosse una categoria chiusa, e si giungesse ad un bivio decisionale sul significato da attribuirle, si dovrebbe inevitabilmente guardare al contesto storico per giungere alla scelta del modello di infermità penalmente rilevante. Se infatti il significato dell'infermità mentale penalmente rilevante fosse riferito, al momento della redazione codicistica, solamente dalle patologie note ai tempi alla scienza psichiatrica, non c'è dubbio che il concetto corrispondente, normativamente recepito, fosse quello di "lesione cerebrale a carattere organico".²⁸²

Però tale assunto (tra l'altro isolato nel panorama dottrinario) non può essere condiviso. Non ci troviamo più in un sistema fascista, i tempi sono cambiati, e si sono di conseguenza proposti dei paradigmi alternativi a quello medico, provocando la necessità di un adeguamento alla luce dei principi costituzionalmente sanciti.²⁸³

Altra autorevole dottrina ha infatti segnalato come la formulazione della norma sia avvenuta con tecnica di "normazione sintetica", e il

²⁷⁹ Dai lavori preparatori emerge che il legislatore fece riferimento al vizio di mente "come conseguenza di infermità fisica o psichica clinicamente accertata", o ad una "forma patologicamente e clinicamente accertabile di infermità".

²⁸⁰ Nella relazione ministeriale al codice si affermava che "delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale (...) e la funzione satisfattoria", quest'ultima avente un ruolo "non autonomo, ma strumentale rispetto all'obiettivo di prevenzione generale".

²⁸¹ Si diceva che "lo stato fascista, a differenza dello Stato democratico liberale, non considera la libertà individuale come un diritto preminente, bensì come una concessione dello Stato accordata nell'interesse della collettività", riaffermandosi "l'interesse repressivo" come un suo elemento specifico.

²⁸² G. Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1863

²⁸³ *Ibidem*.

legislatore abbia in partenza rinunciato a definire in termini descrittivi e tassativi i parametri della fattispecie, servendosi piuttosto di una formula di sintesi (elemento normativo) che rinvia ad una fonte esterna (etica, sociale, psichiatrica, psicologica) per maggiori specificazioni. Se è così, non si può dire che il criterio nosografico sia stato recepito nel nostro ordinamento: l'individuazione dell'aspetto extragiuridico spetta all'interprete che deve operare sulla base delle attuali acquisizioni medico-scientifiche al passo con i tempi.

Nell'epoca attuale, sono presenti orientamenti ispirati ad *modello integrato* della malattia mentale, che tiene conto di tutte le variabili (biologiche, psicologiche, sociali, relazionali) che entrano in gioco nel determinismo della malattia.²⁸⁴ Viene abbracciata quindi una concezione "*plurifattoriale integrata*"²⁸⁵, e si può dire che sia stata superata la concezione unitaria di malattia mentale²⁸⁶.

Per tirare le fila a tutti questi orientamenti e capire quale sia il ruolo da attribuire ai disturbi della personalità, la Corte del tutto condivisibilmente osserva, come anche parte della dottrina, che gli artt. 88 e 89 c.p. non fanno riferimento ad una "infermità" in generale, ma piuttosto ad un'infermità che induca il soggetto in "tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere" o da farla "scemare grandemente". Non è quindi l'infermità stessa a rilevare, ma quello stato di mente, da essa determinato, tale da escludere la capacità di intendere o di volere, o da farla ritenere grandemente scemata. Inoltre, gli artt. 88 e 89 non danno rilievo alle sole infermità psichiche, ma estendono la loro portabilità anche alle infermità fisiche che possano portare a indurre tale stato di mente.²⁸⁷

²⁸⁴ CARRERI-CATANESI, *Psichiatria e giustizia: una crisi di "crescita"*, in CERRETTI-MERZAGORA, *Questioni sull'imputabilità*, Cedam, 1994, p. 89.

²⁸⁵ Così M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale*, Cedam, 1998, p. 380

²⁸⁶ G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1875

²⁸⁷ *Cass.*, SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1864

A tale impostazione fanno riferimento tutte quelle decisioni della Corte hanno ritenuto essenziale l'attitudine del disturbo psichico di incidere, nel caso concreto, sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente, e non la sua classificabilità in una specifica categoria nosografica.²⁸⁸

La Corte passa poi a considerare il ruolo del DSM-IV, quello che allora era il più moderno *Manuale Diagnostico e statistico dei disturbi mentali*. Questo testo classifica i principali disturbi mentali in 17 classi diagnostiche, includendo anche l'autonoma categoria nosografica dei "disturbi della personalità", che comprende: il disturbo paranoide di personalità, quello schizoide, quello schizotipico, quello antisociale, quello borderline, quello istrionico, quello narcisistico, quello evitante, quello dipendente, quello ossessivo compulsivo, e infine rimanda anche ad una categoria residuale, quella del "disturbo di personalità non altrimenti specificato", dove dovrebbero confluire quelle alterazioni della personalità che però non soddisfano i criteri per essere ricondotte in una delle categorie suesposte.²⁸⁹

I disturbi della personalità rientrano nelle "psicopatie", che si differenziano dalle "psicosi" (ritenute vere e proprie malattie mentali)²⁹⁰, in quanto "modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative e cultura dell'individuo", e i "tratti della personalità vengono diagnosticati come Disturbo della Personalità solo quando sono inflessibili, non adattivi, persistenti, e causano una compromissione sociale significativa o sofferenza soggettiva".²⁹¹

²⁸⁸ Sez. I, n. 33230, 2004; Sez. I, n. 24255, 2004; Sez. I, n. 19532, 2003; Sez. I, N. 558, 1992; Sez. I, n. 858, 2001; Sez. I, n. 13029, 1989; Sez. I, n. 4861, 1988; Sez. I, n. 4492, 1987; Sez. I, n. 4102, 1986; Sez. I, n. 7327, 1982.

²⁸⁹ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1866

²⁹⁰ E' la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, e questa concezione è rintracciabile in varie pronunce. Si prenda ad esempio la sent. Della Sez. IV, n. 24614, 2003, o la decisione della Sez. I, n. 659, 1997.

²⁹¹ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1866

In dottrina non sono mancate critiche al DSM²⁹², ma si deve ormai concordare sulla circostanza che questo risulti il sistema diagnostico cui far riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo. E secondo le previsioni del DSM, anche i disturbi della personalità fanno parte dei disturbi mentali che possono acquisire la natura di “infermità” rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. ai fini dell’esclusione e della diminuzione dell’imputabilità.²⁹³

Deve perciò ritenersi che possa essere accordata anche ai disturbi della personalità, quell’idoneità a porsi come causa di esclusione o diminuzione della capacità di intendere e di volere, a determinate condizioni che verranno poi chiarite dalla stessa Corte.²⁹⁴

4. La nozione di “infermità” in una prospettiva di diritto comparato

²⁹² In dottrina i limiti che sono stati evidenziati sono: l’eccessivo “nominalismo”, le barriere di ordine semantico dell’espressione, la mancanza di una ricerca eziologica intorno ai sintomi del disturbo. C’è però da dire, per quanto riguarda quest’ultimo aspetto, che nella psichiatria forense è diffusa l’opinione secondo cui non possa essere fornita una spiegazione mono-eziologica della malattia mentale, e in secondo luogo, persino la stessa giurisprudenza della Corte, come già fatto notare, ritiene che rilevino anche disturbi non nosograficamente classificabili, che però abbiano inciso sul funzionamento dei meccanismi intellettivi o volitivi. Quanto invece ai limiti di natura semantica, la criticità non sembra essere ritracciabile nella tendenza a riferirsi ad una formula piuttosto che ad un’altra, perché al giudice non interessa l’etichetta data al disturbo, ma più che altro l’incidenza sui processi volitivi e cognitivi del soggetto.

²⁹³ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p.1828

²⁹⁴ *Ibidem*. Tra l’altro anche quell’orientamento che si basa sul “valore di malattia”, prende in considerazione la possibilità che talune situazioni, slegate da qualifiche cliniche, possano assumere la valenza di infermità rilevante ai fini dell’esclusione o diminuzione dell’imputabilità. Infatti, se prima si poneva l’accento su quelle malattie che nonostante fossero tali da un punto di vista clinico, da un punto di vista forense fossero invece prive di rilevanza, oggi, viceversa, si pone attenzione su quelle situazioni che clinicamente non sono rilevanti, ma che in ambito forense assumono valore di malattia, in quanto idonee a inquinare le facoltà cognitive e di scelta. V. MANNA, *L’imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Utet, 1997, p. 21; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Il Mulino, 1995, p. 292; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, 1996, p. 32; TAGLIARINI, *L’imputabilità nel progetto di nuovo codice penale*, in *ind. Pen.*, 1994, p. 464; G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1876.

Un altro ambito all'interno del quale si è sviluppato un ambiente favorevole al riconoscimento della rilevanza dei disturbi della personalità è quello relativo alle legislazioni di altri Paesi²⁹⁵. Queste si discostano da un modello inflessibile di definizione dell'infermità, per abbracciare l'adozione di clausole "aperte" che siano idonee ad esprimere un giudizio sulla capacità di intendere e di volere. Queste formule "aperte"²⁹⁶ sono propense ad attribuire rilevanza anche ai disturbi della personalità, ai fini dell'imputabilità del soggetto agente. Ciò che accomuna le disposizioni normative dei vari paesi non è poi solo l'adozione di formule elastiche, ma anche l'aver collegato la valutazione del disturbo alla sua incidenza sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, prospettando un nesso eziologico fra infermità e reato.²⁹⁷

Inoltre, nelle conclusioni del VII Colloquio Criminologico del Consiglio d'Europa svoltosi a Strasburgo nel 1985, si osservava che le legislazioni penali degli stati facenti parti del Consiglio d'Europa, presentavano un apprezzabile assortimento terminologico nel campo della responsabilità e dell'imputabilità dell'autore di un reato.²⁹⁸

²⁹⁵ Vedi: art. 122 comma 1 del codice penale francese, modificato nel 1993; l'art. 20 del codice penale tedesco, modificato nel 1975; l'art. 37 del codice penale olandese; l'art. 20 del codice penale spagnolo, modificato nel 1995; l'art. 16 del codice penale sloveno del 1995; una nuova legge in materia psichiatrica introdotta in Svezia nel 1992).

²⁹⁶ Ad es. : "disturbo psichico o neuro psichico"; "turbe mentali patologiche, per un profondo disturbo della coscienza, per deficienza mentale o altra grave anomalia mentale"; "condizioni psicopatologiche di carenza dello sviluppo o disturbo morboso delle capacità mentali"; "qualsiasi anomalia o alterazione psichica"; "anomalia psichica"; "infermità mentale permanente o temporanea, disturbi psichici temporanei, sviluppo psichico imperfetto o altra anomalia psichica permanente e grave"; "disturbo psichico".

²⁹⁷ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1869.

²⁹⁸ "Le legislazioni penali esistenti negli Stati membri del Consiglio d'Europa, presentano una notevole varietà circa le terminologie ed i concetti fondamentali concernenti la nozione di responsabilità dell'autore di un reato e dei fattori che possono escludere o attenuare la stessa". Continua poi: "la tendenza prevalente è di porre agli esperti un quesito che comprenda, nello stesso tempo, l'aspetto psicopatologico (malattia mentale) e l'aspetto giuridico-normativo (responsabilità o concetti simili).

5. La nozione di “infermità” nei progetti di riforma del codice penale

L'orientamento volto al riconoscimento di una possibile rilevanza penale dei disturbi della personalità sembra confermato (oltre che da un consistente filone della giurisprudenza di legittimità, e dagli esempi provenienti dalle legislazioni straniere), anche dalla gran parte dei progetti di riforma del codice penale, che rappresentano importanti spunti di riflessione relativamente al tentativo di individuare il concetto di “infermità mentale” sia dal punto di vista psichiatrico che dal punto di vista giuridico.

La Corte nel testo della sentenza ricorda, cronologicamente, il c.d. Progetto Pagliaro (1992)²⁹⁹, il c.d. Progetto Ritz (1995)³⁰⁰, il c.d. Progetto Grosso (2000-2001)³⁰¹; il c.d. Progetto Nordio (2004)³⁰²,

²⁹⁹ All'art. 34 era prevista l'esclusione dell'imputabilità per il soggetto che, al momento della condotta, “era, per infermità di mente o per altra anomalia..., in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere...; Nei casi suddetti, se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, diminuire la pena”.

³⁰⁰ All'art. 83 si prevedeva che “non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere”. Occorrevano gli stessi presupposti anche per il riconoscimento del vizio parziale di mente (art. 84).

³⁰¹ Nel testo del 12 settembre 2000, prevedeva all'art. 96 che “ non è imputabile chi, per infermità o per altra grave anomalia..., nel momento in cui ha commesso il fatto era in condizioni di mente tali da escludere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione”. Nella Relazione di tale testo, si legge “potrebbe anche ritenersi sufficiente la formula del codice vigente, incentrata sul concetto di infermità, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale cui essa ha dato luogo”, ma “si ritiene preferibile un chiarimento legislativo, mediante l'introduzione, accanto all'infermità, della formula della grave anomalia psichica”, che “renderebbe più sicura la strada per una possibile rilevanza, quali cause di esclusione dell'imputabilità, di situazioni problematiche, come le nevrosi e le psicopatie, o stati momentanei di profondo disturbo emotivo, che fossero tali da togliere base ad un ragionevole rimprovero di colpevolezza”. L'espressione “grave anomalia” è stato poi sostituita con quella “altro grave disturbo della personalità” nel testo del 26 maggio del 2001, dove si prevedeva all'art. 94, in maniera più esplicita, che “non è imputabile chi per infermità o altro grave *disturbo della personalità*..., nel momento in cui ha commesso il fatto era in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere il significato del fatto o di agire in conformità a tale valutazione”. Nel regolamentare poi la “finalità del trattamento e la diminuzione di pena” (art. 100), si richiamava ancora la “infermità o altro grave disturbo della personalità”.

³⁰² All'art. 48 prevede che “nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se al momento della condotta costitutiva non aveva, per infermità, la capacità di intendere e di volere, sempre che il fatto sia stato condizionato dall'incapacità. Agli effetti della legge penale la capacità di intendere e di volere è

che si mostrano improntati ad un orientamento “aperto” nell’individuazione dell’infermità penalmente rilevante, abbracciando le tendenze proprie alle codificazioni penali degli altri Paesi, ovvero vocazioni contrarie ad un rigido modello definitorio e propense all’utilizzo di formule “elastiche”.³⁰³

6. Le condizioni di “consistenza, intensità rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere”

E’ poi lo stesso disposto letterale degli artt. 88 e 89 c.p. che indica l’insufficienza, ai fini dell’imputabilità, del mero accertamento della sussistenza dell’infermità.

E’ infatti necessario condurre un ulteriore accertamento, in concreto, basato sull’effettiva incidenza che tale infermità possa aver avuto sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, compromettendola del tutto o scemandola grandemente.

Quindi, i disturbi della personalità, come già accennato, possono assumere rilevanza ai fini del giudizio di imputabilità solo laddove siano corredate da determinate caratteristiche: devono infatti essere di “*consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere*”. Si deve cioè trattare di un disturbo che abbia provocato una situazione psichica incontrollabile, che rende l’agente incapace di gestire le proprie azioni, di comprenderne il disvalore e di autodeterminarsi. Sono questi i requisiti che ha richiamato la giurisprudenza della Corte in molte decisioni dove si è trovata a valutare l’incidenza delle psicopatie.³⁰⁴

intesa come possibilità di comprendere il significato del fatto e di agire in conformità a tale valutazione”.

³⁰³ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1870.

³⁰⁴ *Ibidem*. “Vuole cioè dirsi che i disturbi della personalità, come in genere quelli da nevrosi e psicopatie, quand’anche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica iscrivibili al più ristretto novero delle <malattie> mentali, possono costituire anch’esse <infermità>, anche transeunte, rilevante ai fini degli artt. 88 e

Tali requisiti sono stati più volte evocati dalla giurisprudenza della suprema Corte nell'esaminare l'incidenza dei disturbi della personalità sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente.³⁰⁵

Al contrario, non possono avere rilievo le “anomalie caratteriali”, le “disarmonie della personalità”, le “alterazioni di tipo caratteriale”, le “deviazioni del carattere e del sentimento”; quelle legate alla “indole” del soggetto, che pur influenzando sul processo psichico di determinazione e inibizione del soggetto, non arrivino a quel tasso tale di incisività da assumere rilevanza ai fini della valutazione dell'imputabilità.³⁰⁶ Non assumono rilevanza nemmeno gli stati emotivi e passionali, a meno che essi non si vadano ad inserire in un quadro più ampio di infermità, avente determinate connotazioni.³⁰⁷

89 c.p., ove determinino lo stesso risultato di pregiudicare, totalmente o grandemente, le capacità intellettive e volitive”.

³⁰⁵ Si è fatto riferimento ai casi in cui “le c.d. personalità psicopatiche... , per la loro gravità, cagionino un vero e proprio stato patologico, uno squilibrio mentale incidente sulla capacità di intendere e di volere” (Sez. I, n. 33130 del 2004, in una fattispecie in cui è stata esclusa la rilevanza di un disturbo della personalità di tipo *borderline*, “analiticamente e puntualmente motivato”; Sez. VI n. 7845 del 1997, in tema di un disturbo della personalità *borderline*): al “carattere di cogente imperatività” (sez. I n. 27708 del 2004), in riferimento ad un “disturbo delirante cronico; all'infermità che “incida in modo rilevante sui processi intellettivi e volitivi”, rendendo il soggetto “incapace di rendersi conto del valore delle proprie azioni e di determinarsi in modo coerente con le rappresentazioni apprese” (Sez. I n. 24255 del 2004, a proposito di “particolari trattamenti della personalità” e di un prospettato, ma escluso “disturbo *borderline* di personalità); alla manifestazione del disturbo “con elevato gradi di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi” (Sez. I n. 19532 del 2003 a proposito di “nevrosi e psicopatie”; Sez. I n. 3536 del 1997, ancora a proposito di “nevrosi e psicopatie” e sussistenza o meno di una “degenerazione della sfera intellettiva e cognitiva dell'agente”); alla sussistenza di “una persistente coscienza ed organizzazione del pensiero”, o di “un'avvenuta rottura del rapporto con la realtà” (Sez. I n. 15419 del 2002, a proposito di “disturbi della personalità di tipo *borderline*” con “componenti narcisistiche”, ritenute “non sufficienti a configurare una situazione di impossibilità di scegliere”); ad uno “squilibrio mentale a causa dell'intensità delle deviazioni caratteriali” (Sez. I, n. 13029 del 1989, indotto da una “gravità della psicopatia tale da determinare un vero e proprio stato patologico); ad una “rivoluzione psicologica interna per cui l'individuo è diventato estraneo a se stesso, ad “un'effettiva compromissione della coscienza, attestata da uno stato confusionale acuto”).

³⁰⁶ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1870. Cfr. *ex ceteris*, Sez. II n. 22834 del 2003, oppure Sez. VI n. 7845 del 1997.

³⁰⁷ Si vedano per chiarire tale aspetto le seguenti pronunce della suprema Corte: Sez. I n. 967 del 1998; Sez. I n. 3170 del 1995, Sez. I n. 12429 del 1994; Sez. I n. 4954 del 1993; Sez. I, n. 1347 del 1991; Sez. V n. 8660 del 1990; Sez. I n. 9084 del 1987; Sez. VI n. 2285 del 1985)

A questo punto la Corte raccoglie le fila, e coerentemente con il disposto dell'art. 173 comma 3 disp. Att. C.p.p.,³⁰⁸ elabora il seguente principio di diritto: *“ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel concetto di infermità anche i ‘gravi disturbi della personalità’, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l’intensità, tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e il nesso eziologico con la specifica azione criminosa”*.

Alla stregua di ciò, risulta evidente l’errore nel quale è incorsa la sentenza impugnata, che ha escluso il vizio parziale di mente evocando il criterio della “alterazione patologica clinicamente accertabile e della “alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica”, ritenendo che in ogni caso “i disturbi della personalità ... non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall’art. 89 c.p.”³⁰⁹

7. Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sulla nozione di “infermità mentale”

Non solo la Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema, ma ovviamente anche la giurisprudenza di merito si è trovata investita del compito di prendere delle decisioni che inevitabilmente si scontravano con la valutazione dei disturbi della personalità nell’ambito dell’imputabilità.

La giurisprudenza di merito appare più propensa a riconoscere il disturbo della personalità come possibile causa di esclusione o diminuzione dell’imputabilità.

³⁰⁸ Art. 173 comma 3 disp. Att. C.p.p. : “quando il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, la sentenza enuncia sempre il principio di diritto sul quale si basa la decisione”

³⁰⁹ Cass., SS. UU., n. 9163, Ud. 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005

Si prenda ed esempio una vicenda ³¹⁰, caratterizzata da una assoluta e improvvisa ferocia dell'omicida. Il giudice ha ricostruito attentamente le problematiche riguardanti il rilievo delle anomalie psichiche sul piano dell'imputabilità, utilizzando le classificazioni del DSM-IV per accostarsi al disturbo da cui era affetto l'imputato, sostenendo che tali classi diagnostiche "pur quasi ignorate dalla nostra giurisprudenza possono costituire un decisivo strumento per interpretare il concetto altrimenti vuoto di incapacità di intendere e di volere, purchè si abbia ben chiaro che l'infermità di cui parlano gli artt. 88 e 89 c.p. è concetto più ampio rispetto a quello di malattia psichica, potendo in essa rientrare le psicopatie, alcune psiconervosi e anche disturbi clinicamente non definibili che però abbiano inciso significativamente sul funzionamento di meccanismi intellettivi o volitivi del soggetto"³¹¹.

In altri casi, sempre dalla giurisprudenza di merito sono pervenute altre indicazioni sul rilievo giuridico del disturbo della personalità, sostenendo che "per stabilire la rilevanza sull'imputabilità del disturbo di personalità, sul quale si sia inserito un discontrollo episodico (ex reazione a corto circuito, o acting out), è necessario anzitutto accertare

³¹⁰ G.i.p. Trib. Milano, 24 ottobre 2003, Jucker, in *Riv. It. med. Leg.*, 2004, p. 469 ss.. L'imputato è accusato di aver ucciso la propria fidanzata e di averne dissezionato il corpo. Egli è stato riconosciuto parzialmente capace di intendere e di volere al momento del fatto, a causa di un disturbo della personalità di tipo narisistico-schizotipico. Infatti in questo caso è stata rintracciata sia un tasso di intensità rilevante del disturbo, tale da aver inciso sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, e un nesso eziologico tra l'anomalia dell'agente e il reato commesso. Questi sono infatti requisiti che sono pretesi per integrare una situazione mentale rilevante ai fini dell'esclusione o diminuzione dell'imputabilità. La motivazione del G.i.p milanese è la seguente: "in conclusione, al momento dei fatti, Ruggero Jucker ha agito con reazione aggressiva ad una situazione di ansia e di frustrazione non contenuta in quanto collegata al disturbo della personalità che è in lui riconoscibile. A tale disturbo e alla condotta eterodistruttiva conseguente può essere attribuito un valore significativo in tema di imputabilità sia perché connotati da elementi che li rendono intensi (frattura evidente rispetto allo stile di via precedente, sproporzione netta tra avvenimenti causali da un lato e tipo della risposta dall'altro, presenza di disturbi dispercettivi) sia perché specificamente correlati al delitto commesso". E' interessante sottolineare un altro passaggio della sentenza: "in casi come questi, operare un giudizio non significa pervenire ad una certezza scientifica o dogmatica di qualsiasi tipo, ma assumere quella scelta che presenta il più alto grado di compatibilità con quello che può essere accaduto".

³¹¹ G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1880.

se la sintomatologia riscontrata sia indicativa solo di particolari note del carattere o di semplici disturbi della sfera neurovegetativa, senza alcun apprezzabile riflesso sulla capacità intellettuale e volitiva del soggetto, ovvero derivi da un'alterazione della psiche di carattere patologico, per quanto momentanea”³¹².

Interessante è anche quella decisione in cui si è sostenuto che per poter riconoscere la sussistenza di un'alterazione patologica temporanea, devono essere presenti due elementi, uno diagnostico e uno valutativo³¹³.

Tra le decisioni che recepiscono un significato più ampio della malattia psichica è da menzionare una risoluzione della Corte d'assise di Padova³¹⁴, secondo cui la casistica giudiziaria ha evidenziato come, se la sussistenza di un quadro psicotico porta a negare la capacità di intendere e di volere al momento del fatto, è più complesso stabilire la rilevanza dei disturbi della personalità e di altre forme di anomalie psichiche, in se stesse non sufficienti per escludere l'imputabilità³¹⁵.

Inoltre, il Tribunale di Piacenza³¹⁶ ha osservato come nella valutazione del vizio di mente, il giudice deve condurre un accertamento in concreto, senza riferirsi a classificazioni scientifiche enunciate in astratto, ma richiamandosi ai casi clinici o comportamentali che si riferiscono all'asserito quadro morboso. In

³¹² G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1881.

³¹³ Ass. Reggio Emilia, 9 ottobre 1998, Bretoni, in *Riv. It. med. Leg.*, 2000, p. 285. “Devono essere presenti due specifici elementi e cioè un elemento clinico (ovviamente documentato) ed una comprensibilità psicologica dell'atto, nel senso della non comprensibilità della condotta rispetto allo stile di vita del soggetto: in sostanza, viene richiesto un criterio diagnostico ed uno valutativo”.

³¹⁴ Ass. Padova, 10 aprile 2001, Molon, *inedita*

³¹⁵ La sentenza prosegue poi : “dovrà verificarsi, in stretta relazione con le contingenze del caso concreto, se si sia in presenza di sintomi di tale frequenza e intensità da far emergere un quadro di deviazione della personalità assimilabile a quello della malattia psichiatrica. In loro assenza, la pur accertata sussistenza dell'anomalia psichica, non comportando una degenerazione della sfera intellettuale o volitiva, non avrà conseguenze sul giudizio di imputabilità.

³¹⁶ Trib. Piacenza, 31 maggio 2002, G.I., in *Riv. Pen.*, 2004, p. 561; cfr. Trib. Trento, 12 marzo 2002, Rainer, in *Riv. Pen.*, 2002, p. 1030, che ha applicato l'attenuante del vizio parziale di mente in un caso in cui il reato era stato commesso sotto l'incombente deterministico di allucinazioni acustiche.

questo modo non rileva tanto la natura dell'infermità, quanto gli effetti che essa ha causato sulla capacità del soggetto.³¹⁷

In altri casi si è scartata la configurabilità del vizio totale di mente quando, in presenza di una diagnosi disturbo *borderline*, l'imputato abbia mantenuto al momento della commissione del fatto una soggettività integra, e di conseguenza la possibile perdita del controllo non risulti fondata su una soppressione della capacità di intendere e di volere dovuta al disturbo stesso.³¹⁸

E' importante segnalare anche la questione di costituzionalità degli artt. 85, 88, 89 e 90 c.p. (in relazione agli artt. 3³¹⁹ e 111³²⁰ Cost.),

³¹⁷ G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1881.

³¹⁸ G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1881. Ci si riferisce qui alla sentenza Ass. app. Venezia, 15 marzo 2002, Ramaro, in *Riv. It. med. Leg.*, 2003, p. 659

³¹⁹ Art. 3 Cost. : Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

³²⁰ L'art. 111 disciplina il "giusto processo" : La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. 2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. 3. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. 4. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. 5. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. 6. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati [*cf. artt. 13 c.2 , 14 c.2 , 15 c.2 , 21 c.3*]. 7. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale [*cf. art. 13*], pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge [*cf. art. 137 c.3*]. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra [*cf. art. 103 c.3 , VI c.2*].

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione [*cf. art. 103 c.1,2*].

sollevata da un giudice di merito³²¹ proprio sul mancato rilievo delle infermità psichiche minori sul piano dell'imputabilità. La base scientifica su cui poggia la normativa codicistica e le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali che la sorreggono, sarebbero ormai "incontrovertibilmente erronee" in quanto tali da non permettere un'applicazione razionale da parte dell'interprete della nozione di "infermità". In particolare è da condannare la distinzione tra malattia mentale in senso stretto, incidente sull'imputabilità, e i disturbi della personalità, che invece sarebbero ininfluenti. Questa è una dicotomia ormai caduta in desuetudine nella scienza psichiatrica.³²²

La Corte Costituzionale ha però dichiarato la questione manifestamente inammissibile sotto il profilo della rilevanza: il quesito sulla costituzionalità è stato infatti formulato prima ancora di aver accertato se l'imputato fosse realmente affetto da un qualche disturbo mentale.³²³

8. L'influenza della sentenza Raso sui due piani di giudizio

La sentenza si occupa quindi di chiarire il significato da riconoscere all'elemento normativo extra-giuridico dell'infermità, imponendo un'interpretazione di tipo estensivo del termine, facendo proprio quell'orientamento che si adagia su una nozione meno medica e più

³²¹ Così, Trib. Ancona, Sez. dist. Fabriano, 13 febbraio 2003, P.A., in *G.U.*, 16 luglio 2003, I, parte speciale n. 28.

³²² G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. Pen.*, n. 6, 2005, p. 1882

³²³ C. cost. ord. 2 dicembre 2004, n. 374; precedentemente la Corte aveva affermato: "l'accertamento dell'imputabilità viene fatto ruotare (...) attorno ad un concetto di infermità necessariamente riconducibile, sul piano gnoseologico, ai mutevoli contributi dell'esperienza clinica, cercando in tal modo di dissolvere proprio quei rischi di contraddizione tra scienza e norma sui quali il giudice a quo ha fondato le sue censure" (C. cost., 16 aprile 1998, n. 114, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1909, con riferimento agli artt. 94 e 95 c.p., sollevata in relazione agli artt. 3 e 111 Cost.)

psicologica di malattia mentale, e andando a fornire rilevanza giuridica anche ai disturbi della personalità.³²⁴

La Corte valorizza il modello a “due piani” del giudizio di imputabilità (c.d. *giudizio misto o biologico-normativo*): alla diagnosi clinica (primo piano del giudizio), deve far seguito anche un’indagine sull’effettiva incidenza del disturbo diagnosticato sulla capacità di intendere e di volere con specifico riferimento al rapporto che lega il disturbo alla condotta criminosa (secondo piano del giudizio).

8.1 Le conseguenze sul primo piano di giudizio

Quanto al primo piano, quello della diagnosi, abbiamo già visto come il concetto di “infermità” risulta più ampio rispetto a quello di “malattia mentale”, e quindi si mostra in grado di ricomprendere anche i disturbi non inquadrabili nella classificazione nosografica della psichiatria classica, come invece avevano escluso i giudici della sentenza impugnata.³²⁵

La sentenza delle Sezioni Unite, conseguentemente a questo riconoscimento, si allinea agli orientamenti classificatori dei moderni manuali diagnostici ampiamente diffusi e condivisi dalla comunità degli scienziati, come il DSM (Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali). Questo manuale, riveste a infatti un ruolo fondamentale nel primo piano del giudizio, ovvero quello che si occupa di diagnosticare il disturbo, in quanto compatibile con la nuova elaborazione estensiva della nozione di infermità e con la visione multifattoriale del disturbo psichico. E’ la stessa dottrina

³²⁴ M. BERTOLINO, commento a *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 854

³²⁵ Dalla sentenza ricaviamo le testuali parole: “nella prospettazione codicistica, il termine infermità deve ritenersi, in effetti, assunto secondo un’accezione più ampia di quello di malattia, e già tanto appare mettere in crisi, contrastandolo funditus, il criterio della totale sovrapposibilità dei due termini, e con esso, fra l’altro ed innanzi tutto, quello della esclusiva riconducibilità della “infermità” alle sole manifestazioni morbose aventi basi anatomiche e substrato organico, o, come altra volta è stato più restrittivamente detto, come “malattia fisica del sistema nervoso centrale””.

psichiatrico-forense che, ricordano le Sezioni Unite, “appare concordare, ormai, sulla circostanza che essendo questo (il DSM) il sistema diagnostico più diffuso, ad esso occorra fare riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo”.³²⁶

A questo punto occorre capire, al di là della nomenclatura da attribuire alla sindrome manifestata dall'imputato, il grado di affidabilità scientifica da riconoscere al DSM, non privo di profili criticabili. Secondo gli stessi psichiatri, il DSM, pur apparendo come “la sintesi e il felice superamento della psicopatologia classica”, in realtà andrebbe ad assumere “una posizione del tutto incompatibile con la psicopatologia classica (nelle sue due versioni: riduzionistica e integrazionistica), sia funzionalista, oltre che la metodologia diagnostica della clinica medica ingenerale”. In realtà, nonostante ostenti una certa ateoreticità, il DSM non sarebbe così lontano da presupposti teoretici. Se fossero questi i caratteri del DSM, anche il metodo scientifico da esso professato, risulta investito da un estremo riduzionismo, secondo una prospettiva meramente operazionistica ed economicistica della scienza.³²⁷ Secondo tale prospettiva, l'affidabilità scientifica si concreta nella “probabilità che due o più clinici indipendenti si trovino d'accordo nella definizione diagnostica del disturbo”.³²⁸

³²⁶ M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir Pen. E Proc.*, n. 7, 2005, p. 854. Continua poi “(...)e, per altro verso, nessun dubbio – come pure si riconosce in dottrina – dovrebbe oggi permanere sulla circostanza che anche ai disturbi della personalità possa essere riconosciuta la natura di “infermità”, e quindi una loro potenziale attitudine ad incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente, alla stregua delle ultime e generalmente condivise acquisizioni del sapere psichiatrico, anche sussunte nella ricognizione nosografica contenuta nel citato DSM”.

³²⁷ G. GIACOBINI, *Psicopatologia classica, e DSM: un dilemma epistemologico, clinico e didattico per la psichiatria contemporanea*, in <http://www.psychiatryonline.it/node/2096> . “In effetti, a nessun clinico di medicina generale viene concesso di definire una febbre, una dispnea o una paraparesi come una “malattia”: si tratta, in realtà, di disfunzioni che possono valere come “sintomi” su cui si dovrà indagare per “diagnosticare” la causa patogena e l’alterazione strutturale dell’organismo, cioè la reale malattia”.

³²⁸ A. PAZZAGLI, *Sistemi diagnostici attuali in Psichiatria e valutazione della capacità di intendere e di volere* (Relazione al Convegno “Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche”, Firenze, 7-8 maggio 2004). “A tal fine anzi essi (N.d.A.: Manuali Diagnostico Statistici), sono divenuti, per

Proprio riguardo al valore da riconoscere alla diagnosi, non bisogna dimenticare che il DSM rinuncia al principio classico della sistemazione gerarchica del materiale clinico psichiatrico introdotto da Karl Jaspers³²⁹ (che prevedeva una gradazione che giustificava la c.d. “diagnosi differenziale”³³⁰), per abbracciare una concezione che vede poste sullo stesso piano tutte le diagnosi, e dunque la possibilità di elaborare diagnosi multiple nei confronti dello stesso soggetto.³³¹

Quello che si rimprovera al DSM è di aver ridotto la nosografia psichiatrica, in seguito alla soppressione della diagnosi psicopatologica differenziale, “a un inventario rapsodico di quadri clinici privi di un’autentica giustificazione epistemologica”³³². Rinunciare però a spiegare l’eziopatogenesi della malattia mentale, significa rinunciare anche al tentativo di poter equiparare a prassi psichiatrica a quella medica, dotando la psicopatologia di una certa scientificità³³³.

Sono sempre più numerose le voci a favore di un ritorno alla psicopatologia classica, almeno per quanto riguarda il metodo

definizione dei loro compilatori a-teorici, limitandosi a scegliere ed elencare una serie di sintomi e condotte direttamente rilevabili sui quali basare diagnosi e che sono così riproducibili, controllabili e quindi comunicabili agli studiosi, cioè al fine di garantire la possibilità di valutazione degli interventi, la loro standardizzazione e la trasformazione di “intuizioni” cliniche più o meno giustificate in dati basati su prove”.

³²⁹ Karl Jaspers (Oldenburg, 23 febbraio 1883 – Basilea, 26 febbraio 1969), è stato un filosofo e psichiatra tedesco.

³³⁰ E’ una diagnosi che si basa su un procedimento per esclusione fra varie manifestazioni simili in un dato soggetto quelle che non comprendono l’insieme di sintomi che si sono riscontrati durante gli esami, fino a comprendere quale sia quella corretta. Vedi: P. PIRAS, *La diagnosi differenziale in medicina: principi giurisprudenziali*, in *Diritto penale contemporaneo*, http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-/4-/34-/1160-la_diagnosi_differenziale_in_medicina__principi_giurisprudenziali/

³³¹ Cfr. ARAGONA-VELLA, *Lo spettro in psicopatologia*, in Nòos, 1998, p. 3 ss. citato in DALLE LUCHE, *La psichiatria post-DSM III: limiti teorici e pratici-operativi. Un punto di vista non accademico*, in www.pol-it

³³² G. GIACOBINI, *Psicopatologia classica*, cit., p. 10

³³³ Scientificità raggiungibile solo qualora la clinica venisse integrata da una psicopatologia “fonte di categorie e di parametri organizzativi che unifichino il molteplice dell’esperienza orientando la ricerca verso una nosologia critica aperta alla connessione causale, pur nella consapevolezza dei limiti di ogni costruzione teorica” (M. SCHIAVONE, *Riflessioni epistemologiche sull’eziologia della schizofrenia*, in AA.VV., *Le cause della malattia. Un’analisi storica e concettuale*, a cura di Agazzi-Viesca, Genova, 1999, 224.) Cfr. ARAGONA-VELLA, *Lo spettro in psicopatologia*, cit., 3 ss.

diagnostico: spesso si rileva il fallimento dell'accertamento concreto del vizio di mente a causa dell'assenza di standard qualitativi ai quali la perizia psichiatrica dovrebbe adeguarsi e dell'insufficienza normativa sulla possibilità di un controllo da parte del sistema penale circa le varietà di disturbi catalogabili come infermità tali da influire sulla capacità di intendere e di volere.³³⁴ Secondo alcuni infatti, i Manuali Diagnostici Statistici sono inadeguati ai fini della valutazione della capacità di intendere e di volere perché escludono i parametri della gravità e profondità del disturbo, fondamentali invece nel tipo di valutazione che deve essere condotta.³³⁵

In conseguenza di ciò, un orientamento ritiene possibile risolvere il problema affidando alla diagnosi effettuata mediante il DSM, altre valutazioni di tipo biologico-medico, clinico-psichiatrico o psicologico³³⁶. Un altro orientamento, occorrerebbe invece interpretare rigorosamente il DSM, sfolgendolo dei disturbi della personalità come le psicopatie, gli stili nevrotici e le perversioni.³³⁷

Volendo invece accordarsi a quelle voci che auspicano un ritorno alla psicopatologia classica si potrebbe cercare di recuperare i valori teorici, clinici e didattici³³⁸, reinserendo in particolare il modello di tipo medico, che risulta in grado di fornire la prova più affidabile per

³³⁴ M. BERTOLINO, commento a *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 856

³³⁵ *Ibidem.*

³³⁶ A. PAZZAGLI, *Sistemi diagnostici*, cit. 4 datt. : "1) di tipo biologico medico, cioè la considerazione della così detta lesione anatomica o funzionale che sottende il disturbo, secondo un criterio di stampo positivistico; 2) di tipo clinico psichiatrico, ad impronta nel contempo fenomenica (la valutazione dei fenomeni) e fenomenologia (la valutazione dell'esperienza vissuta); 3) di tipo psicologico, prevalentemente ad impronta psicoanalitica, che tenga conto delle strutture della mente retrostanti le condotte ed i sintomi, ne valuti la consistenza psicopatologica e la legga secondo teorie diverse"

³³⁷ U. FORNARI, *La diagnosi nella perizia psichiatrica sull'imputato* (Relazione tenuta agli Incontri Internazionali su "La perizia psichiatrica forense penale: confronto USA/ITALIA", Roma, 2-3 novembre 1993), 7 s. datt. Si rinvia anche a M. BERTOLINO, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzional-garantista*, in *Ind. Pen.*, 1998, 378 ss.

³³⁸ G. GIACOBINI, *Psicopatologia classica*, cit., p. 13

decidere se condannare o meno una persona in quanto inferma di mente.³³⁹

8.2 Le conseguenze sul secondo piano di giudizio

Anche guardando al secondo piano di giudizio, quello riguardante la valutazione della capacità di intendere e di volere al momento della commissione del reato e quindi l'accertamento del nesso eziologico tra il reato stesso e l'infermità, si può notare una certa influenza dei principi espressi nella sentenza Raso, che forniscono una nozione allargata di infermità.

Nel secondo piano di giudizio confluiscono le considerazioni legate alla pena e alla sua funzione preventiva, finendo per far assumere al piano normativo un ruolo preminente rispetto a quello biologico, con la conseguenza che solamente per alcuni tipi di disturbi psichici³⁴⁰ il giudice può fare affidamento su basi scientifiche dotate di un alto grado di attendibilità della decisione sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato. Questi disturbi sono quelli dotati di un substrato organico conclamato o altamente probabile, dotati di sufficiente validità scientifica in quanto giustificate dal generale accordo tra le varie correnti sulla sua origine organica. Sono queste le uniche ipotesi in cui il giudice può avere un convincimento scientificamente fondato

³³⁹ J. B. GERARD, *The Medical Model of Mental Illness. Its application to the Insanity Defense*, in *International J. Law Psychiatry*, 1999, 71. Gerard propone un modello medico di diagnosi di malattia, che deve però caratterizzarsi per una descrizione in grado di: a) identificare i sintomi della malattia, le modalità di insorgenza e le caratteristiche del suo sviluppo; b) distinguere tale malattia dalle altre mediante la c.d. diagnosi differenziale; c) prevedere i naturali esiti della malattia, con un sufficiente grado di ragionevole certezza. Applicando questi criteri ai 357 disturbi catalogati nel DSM-IV, solamente 13 potrebbero essere considerate malattie in senso medico.

³⁴⁰ Ad es. le oligofrenie, le forme demenziali, le varie forme di psicosi; in particolare sulla psicosi WITTER, *Zum "kritischen Dialog zwischen Strafrecht und Kriminalpsychiatrie"* in *NJW*, 1975, 564, fa notare la differenza fra psicosi e psicopatia. La prima sarebbe una vera e propria malattia, la seconda un'anormalità psichica non patologica. Rimane difficile la soluzione dei "casi limite", ma ciò in ogni caso non crea dubbi sulla sostanziale differenza sopra evidenziata.

circa la capacità di intendere e di volere.³⁴¹ Queste sono però ipotesi che rappresentano solamente una delle categorie riscontrabili nella prassi, che molte volte si scontra piuttosto con valutazioni di infermità particolarmente sfuggenti ed indefinite, come ad esempio i disturbi della personalità, le anomalie del carattere o i disturbi “border line”.³⁴² Che tali disturbi possano integrare la figura di “infermità” sembra essere ormai una cosa assodata, quello che permane è il rischio di non giungere ad una spiegazione scientifica della malattia e del suo rapporto con il comportamento deviante.

Per cercare di ottemperare a questo aspetto, la Corte ha stabilito la necessità delle condizioni di “consistenza, intensità, rilevanza e gravità” del disturbo, tali da incidere sulla capacità di intendere e di volere, ma non ha dato indicazioni sui criteri valutativi in base ai quali si possa affermare che tali criteri abbiano inciso sui processi intellettivi e volitivi del soggetto³⁴³.

Secondo gli studiosi ciò che occorre a questo secondo piano di giudizio è un sufficiente tasso di rigore che può derivare solo dal modello medico, fonte di certezza scientifica. Questo modello si estrinseca nell’osservazione, classificazione e verifica dei

³⁴¹ M. BERTOLINO, commento a *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 857. In questo senso, SCHWALM, *Schuld und Schuldhigkeit im Licht der Strafrechtsreformgesetz vom 25.6 und 4.7.1969, des Grundgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JZ*, 1970, 492. Occorre ricordare anche come anche in riferimento a disturbi come le psicosi, alcune moderne correnti della psichiatria evidenzino come si tratti di disturbi che possono lasciare nel soggetto spazi di libertà decisionale e quindi, sotto il punto di vista dell’imputabilità, come la loro incidenza sulla capacità di intendere o di volere vada valutata in termini eziologici rispetto al reato commesso.

³⁴² M. BERTOLINO, commento a *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 857

³⁴³ Non aiuta a tal fine nemmeno la precisazione che “deve trattarsi di un disturbo idoneo a determinare (e che abbia, in effetti, determinato) una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile (totalmente o in grave misura), che incolpevolmente rende l’agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente autodeterminarsi”. Nella sentenza si chiarisce anche che “non possono avere rilievo, ai fini dell’imputabilità, altre “anomalie caratteriali”, “disarmonie della personalità”, “deviazioni del carattere e del sentimento”, quelle legate “all’indole” del soggetto, che, pur afferendo alla sfera del processo psichico di determinazione e di inibizione, (...) non attingano. Quindi, a quel rilievo di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente, nei termini e nella misura voluta dalla norma”.

comportamenti delle persone psichicamente disturbate, e da questa indagine valutativa deriva una diagnosi accurata e quindi maggiori garanzie di affidabilità. Queste diagnosi accurate rappresentano il primo passo verso un accertamento tipo scientifico, e grazie ad esse sarebbe possibile ritenere una persona incapace di intendere e di volere a tre condizioni: 1) che il disturbo mentale consista una “vera” malattia secondo i criteri del modello medico; 2) che tale malattia leda la capacità del soggetto in relazione al comportamento penalmente rilevante; 3) che la diagnosi del singolo caso soddisfi i criteri diagnostici che derivano dal DSM per quello specifico disturbo.³⁴⁴

Ci sono però posizioni, come abbiamo già visto, che ritengono inadeguato il criterio clinico nosografico del DSM ai fini del giudizio di imputabilità, e che evidenziano la necessità di corredarlo con criteri di tipo biologico-medico, clinico-psichiatrico e psicologico, per risolvere il giudizio di secondo livello. Questi criteri permetterebbero di prendere in considerazione “la gravità delle conseguenze dei ‘disturbi’”, rendendo possibile quindi rispondere al quesito sulla capacità di intendere e di volere dell’imputato³⁴⁵.

Lo spazio che hanno creato le Sezioni Unite mediante l’elaborazione di un’estensiva nozione di infermità deve essere colmato dal giudice, che si affida al sapere “scientifico” dell’esperto in base a ciò che appare più convincente anche alla luce delle esigenze politico-criminali sottese al caso in esame.³⁴⁶

³⁴⁴ GERARD, *The Medical Model of Mental Illness*, cit., p. 10

³⁴⁵ M. BERTOLINO, commento a *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 859. La presenza di questi criteri garantirebbe di “usare non un puro e unico riferimento clinico nosografico, ma l’adozione di un procedimento complesso che preveda di procedere come brevemente schematizzato: 1) Diagnosi clinica descrittiva secondo i criteri dell’ultimo DSM (...); 2) apprezzamento clinico diagnostico del tipo di organizzazione prevalente (nevrotica, psicotica...) o del tipo di modalità da esperire, con particolare riguardo anche alle azioni criminose; 3) solo alla luce dei primi due punti la valutazione psicodinamica potrà aiutare a far luce sulla criminogenesi, apportando importanti elementi di comprensione del rapporto fra storia, psicologia della persona e comportamenti” (A. PAZZAGLI, *Sistemi diagnostici*, cit., 5.)

³⁴⁶ M. BERTOLINO, commento a *L’infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. Pen. E proc.*, n. 7, 2005, p. 860.

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLE NEUROSCIENZE

SOMMARIO:

1. Linee introduttive sulle neuroscienze e classificazione; 2. L'incidenza delle neuroscienze sull'ordinamento giuridico; 3. Diverse prospettive di inquadramento delle neuroscienze; 4. Neuroscienze e libero arbitrio; 5. Casistica e giurisprudenza; 5.1. Uno sguardo al passato. Un secolo fa: il processo Musolino; 5.2. La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste (18 settembre 2009, n. 5); 5.3. La sentenza del Tribunale di Cremona (19 gennaio 2011, n. 109); 5.4. La sentenza del Tribunale di Como (20 maggio 2011, n. 536) ; 5.5. La sentenza del Tribunale di Venezia (24 gennaio 2013); 6. Tecniche neuroscientifiche; 7. L'attendibilità da attribuire alle metodologie neuroscientifiche secondo la comunità scientifica e giuridica; 8. Neuroscienze e giudizio di imputabilità; 9. L'ingresso delle neuroscienze nel processo penale come prova scientifica.

1. Linee introduttive sulle neuroscienze e classificazione

Le neuroscienze trovano la loro premessa in un'antica aspirazione:

quella di realizzare il sogno dei primi criminologi di identificare le radici biologiche della criminalità.³⁴⁷ L'attuale fase nella quale si trovano le neuroscienze è successiva a tre passaggi che esse hanno percorso dal diciannovesimo secolo, fino ad oggi.³⁴⁸

Tutto prende inizio dalla “frenologia” ideata da un medico tedesco: Franz Joseph Gall. La frenologia sostiene la possibilità di definire le qualità psicologiche di una persona esaminando la conformazione del suo cranio. Inizialmente questa idea si è fatta strada nelle aule di giustizia tramite gli psichiatri forensi, che la ritenevano un metodo affidabile per indagare sulle relazioni tra cervello e comportamento umano, ma verso la metà del Novecento sono venute meno le basi di scientificità che le erano state attribuite, lasciando però “dietro di sé un concetto formalizzato relativo alla localizzazione cerebrale dei comportamenti complessi e delle radici biologiche alla base della differenza tra coloro che infrangono una legge e coloro che invece la rispettano”³⁴⁹ ³⁵⁰.

Un altro passaggio da considerare è quello relativo all'antropologia criminale di Cesare Lombroso³⁵¹, che si fonda sul determinismo biologico³⁵². La teoria dell'antropologia criminale si basa sulla

³⁴⁷ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia* (annuario di scienze penalistiche), 2012, p. 499

³⁴⁸ Cfr. I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze e libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 176

³⁴⁹ S. A. TOVINO, *Imaging Body Structure and Mapping Brain Functions: A Historical Approach*, in *33 Am. J.L. e Med.*, 2007, p. 207. Vedi anche D. L. FAIGMAN, *Anecdotal Forensics, Phrenology, and Other Abject Lessons from the History of Science in 59 Hastings L.J.*, 2008, in particolare pp. 981-983

³⁵⁰ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 497

³⁵¹ Cesare Lombroso (1835-1909), medico, antropologo, criminologo e giurista italiano. È un esponente del positivismo e uno dei maggiori pionieri degli studi sulla criminalità. È stato influenzato dalla fisiognomica, dal darwinismo sociale e dalla frenologia.

³⁵² Secondo il determinismo biologico i geni di un organismo determinano il modo in cui un soggetto agisce o cambia nel tempo, indipendentemente dai fattori sociali o ambientali. Si guarda perciò solo ai fattori innati, come il corredo genetico. Non mancano le critiche a questa corrente: una delle più recenti manifestazioni è stato il libro *Biologia come ideologia. La dottrina del DNA*, del 1991 di Richard Lewontin (l'organismo è un attivo costruttore del suo ambiente, e la loro relazione è reciproca e dialettica).

concezione del “delinquente nato”³⁵³, ovvero di una congenita predisposizione a delinquere e a condotte antisociali, che è innata, in quanto collegata con l’organismo e con il corredo genetico dell’individuo. Tale inclinazione sarebbe desumibile dall’analisi di determinate aree della struttura anatomica di quest’ultimo, indipendentemente dall’influenza che possano aver avuto i fattori sociali e ambientali.³⁵⁴

L’ultimo passaggio da analizzare è quello immediatamente antecedente all’odierno, ed è rappresentato dall’impiego della chirurgia del cervello come trattamento dei soggetti inclini a condotte violente. Pioniere di tale tecnica fu Antonio Egas Moniz³⁵⁵, ideatore della leucotomia prefrontale³⁵⁶ (primo esempio di lobotomia), che per questo ricevette persino il Premio Nobel per la medicina nel 1949 insieme al neurofisiologo svizzero Walter Rudolf Hess^{357, 358}.

Il termine “neuroscienza” inizia ad essere impiegato negli anni Sessanta del XX secolo.³⁵⁹ Con tale termine si indica un gruppo di discipline scientifiche tese allo studio del cervello e dei meccanismi

³⁵³ Si rinvia a C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Milano, 1876; P. BAIMA BOLLONE, *Cesare Lombroso, ovvero il principio dell'irresponsabilità*, Torino 1992. Se si guarda alle opere un po' più recenti si può segnalare il contributo di U. GATTI – A. VERDE, *Cesare Lombroso: una revisione critica*, in L. Picotti – F. Zanuso (a cura di), *L'antropologia criminale di Cesare Lombroso: dall'Ottocento al dibattito filosofico-penale contemporaneo*, Napoli, 2011, p. 75 ss.

³⁵⁴ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 500

³⁵⁵ Antonio Caetano de Abreu Freire Egas Moniz (1874-1955), psichiatra, politico, letterato e neurochirurgo portoghese.

³⁵⁶ Che venne poi perfezionata da alcuni chirurghi statunitensi in lobotomia vera e propria, con la recisione di un numero maggiore di fibre nervose. Proprio negli USA, paese dove fino agli anni Settanta si guardava con ambizione al progetto di Moniz, venne effettuato (con il permesso del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria dello Stato) un esperimento nel 1968 presso il Vacaville State Penitentiary. Vennero eseguiti degli interventi chirurgici su numerosi detenuti, impiantando elettrodi che avrebbero dovuto disintegrare parte del tessuto dell'amigdala per eliminare in radice la propensione degli individui di compiere atti violenti. Tale esperimento non ebbe però il risultato sperato, e oggi rappresenta la flebilità delle pretese di utilizzare la neurochirurgia per eliminare a monte la causa dei comportamenti criminali.

³⁵⁷ Walter Rudolf Hess, (1881-1973), fisiologo e medico svizzero.

³⁵⁸ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 500

³⁵⁹ A. CORDA, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3 e A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 501

cerebrali come base per l'analisi dei comportamenti umani.³⁶⁰ Tali discipline sono la neuroanatomia, la neurofisiologia, la neurofarmacologia, la biochimica, la biologia molecolare, la biologia cellulare, la neuroradiologia e la genetica,³⁶¹ e devono essere considerate in modo integrato per cercare di poter estrapolare qualche informazione dai meccanismi interni alla complessità del cervello umano.³⁶²

Con il termine “neuroscienze” si indica perciò un complesso di discipline alquanto articolato e difficilmente riconducibile ad unità, che però condivide un obiettivo comune: individuare e comprendere i cc.dd. substrati neurali dei processi mentali e, del comportamento umano tramite la misurazione della struttura e della funzionalità del cervello. Si tratta quindi di ricerche che hanno ad oggetto i meccanismi che costituiscono la “piattaforma programmatica” delle nostre condotte^{363 364}.

Per cercare di mettere ordine, si può operare anzitutto una *summa divisio* tra le due grandi branche delle neuroscienze: le neuroscienze comportamentali³⁶⁵ (*behavioral neuroscience*)³⁶⁶ e le neuroscienze

³⁶⁰ Alcuni hanno definito questo secolo come “il secolo del cervello”, dopo che l’UE nel 2013 ha scelto come uno dei suoi progetti-bandiera lo *Human Brain Project* di Henry Makram del politecnico di Losanna, arrivando a disporre un finanziamento di un miliardo di euro in dieci anni. Successivamente, anche Barack Obama ha lanciato la *BRAIN Initiative*, ancora più finanziata (si tratta di 300 miliardi di dollari all’anno), che verrà condotto dai *National Institutes of Health*.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² Cfr. OLIVERIO, *Neuroscienze. Basi biologiche dei processi mentali*, in *Enciclopedia del Novecento. Terzo supplemento*, Istituto della Enciclopedia italiana, vol. II, Roma, 2004, 230 e ss.

³⁶³ A. CORDA, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3

³⁶⁴ Cfr. KANDEL, SQUIRE, *Neuroscience: Breaking down scientific barriers to the study of brain and mind*, in *Science*, 290, 2000, 1113 e ss, e FINGER, *Origins of Neuroscience*, New York, 1994, i quali spiegano in che modo la ricerca neuroscientifica viene ad assumere una posizione centrale nel campo della biologia e della psicologia dal ruolo marginale che avevano.

³⁶⁵ Cfr. PELLEGRINI, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in *Manuale di neuroscienze forensi* a cura di BIANCHI, GULOTTA, SARTORI, Milano, 2009, 69; KOLB, WHISHAW, *An introduction to Brain and Behaviour*, London, 2009; PLOMIN, DEFRIES, MCCLEARN, MCGUFFIN, *Behavioral Genetics*, New York, 2008.

³⁶⁶ Le neuroscienze comportamentali studiano alcune sfaccettature della personalità (ad es. l’orientamento sessuale, il comportamento antisociale, l’introversione), per

cognitive³⁶⁷ (*cognitive neuroscience*).³⁶⁸ L'espressione "neuroscienze cognitive" nasce dall'incontro di due campi di indagini che sono "neuroscienze" e "scienza cognitiva", e viene coniata da George Miller e Michael Gazzaniga³⁶⁹ alla fine degli anni Ottanta.³⁷⁰

Se ci si avvicina alla classificazione delle neuroscienze da un punto di vista più strettamente giuridico, la migliore dottrina opera un'altra distinzione tra: neuroscienze forensi, neuroscienze criminali e neuroscienze normative. Le neuroscienze "forensi" si riferiscono all'utilizzo processuale dei risultati derivanti dalle indagini neuroscientifiche. Le neuroscienze "criminali" si riferiscono allo studio dei tratti neurologici del soggetto criminale, sempre attraverso tecniche neuroscientifiche. Infine, la "neuroscienze normative" studiano il senso morale di giustizia degli individui.³⁷¹

Per quanto riguarda le neuroscienze forensi, si può dire che queste abbiano una duplice accezione³⁷²: da un lato identificano l'ambito di ricerca relativo alle problematiche dell'idoneità delle teorie e metodologie neuroscientifiche a costituire valida prova scientifica nell'ambito del processo; dall'altro lato ci si riferisce in maniera più specifica alle tecniche neuroscientifiche che sono idonee ad essere impiegate nell'ambito forense.

cercare di individuare i geni che possano aver condizionato il delineamento di tali tratti soggettivi.

³⁶⁷ Cfr. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Cedam, Padova, 2011, 213 e ss. ; GAZZANIGA, IVRY, MANGUN, *Cognitive Neuroscience: The Biology of the Mind*, New York, 2008 e BENNETT, HACKER, *History of Cognitive Neuroscience*, Hoboken, New Jersey 2012.

³⁶⁸ Le neuroscienze cognitive invece, si occupano dei processi biologici sottesi ai meccanismi cognitivi, rivolgendo particolare attenzione a i substrati neurali dei processi mentali (ad es. memoria, emozioni, percezioni, decisioni) che si pongono alla base dell'agire umano. Queste studiano perciò il modo in cui anomalie strutturali e funzionali del cervello possano influenzare il comportamento umano.

³⁶⁹ Cfr. M.S. GAZZANIGA-R. IVRY-G.R. MANGUN, *Cognitive Neuroscience: the Biology of the Mind*, New York, 2008.

³⁷⁰ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, cit., p. 500

³⁷¹ Lezione di criminologia nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale, corso di studio in Economia e Giurisprudenza, vedi online www.ecogiu.uniclam.it/.../N.%202%20criminologia%...

³⁷² A. CORDA, *Arch. Pen.*, 2014, n. 3

2. L'incidenza delle neuroscienze sull'ordinamento giuridico

Le neuroscienze, per la loro portata innovativa, mettono in discussione i fondamentali capisaldi della teoria del reato.

Esse incidono innanzi tutto sul concetto di responsabilità in quanto direttamente concernenti un'indagine sull'attività cerebrale che, dall'accertamento di eventuali atipicità, può portare ad elaborare conclusioni nel senso di un condizionamento comportamentale del soggetto analizzato, e quindi di una menomazione del normale libero arbitrio.

Questo porta di conseguenza ad un'incidenza anche sotto il punto di vista dell'imputabilità, essendo in bilico il libero arbitrio di un soggetto a causa di anomalie cerebrali riscontrabili in maniera certa e oggettiva tramite le tecniche di *neuroimaging*, e quindi la sua capacità di intendere e di volere,.

Entrando in gioco l'imputabilità, la diretta conseguenza è l'incidenza delle neuroscienze anche sotto il punto di vista sanzionatorio.

Sotto il punto di vista pratico invece, la potenzialità delle neuroscienze di impattare il regno giuridico, si esplica in varie fasi. Tale impatto può avvenire sia nella fase investigativa, sia nella fase probatoria, e sia in quella punitiva.

3. Diverse prospettive di inquadramento delle neuroscienze

Uno degli aspetti principali che le neuroscienze hanno tentato di chiarire sono i meccanismi attraverso i quali i soggetti colgono la realtà circostante e si relazionano ad essa. Fino a questo punto non hanno incontrato particolari difficoltà, ponendo anzi le basi

scientifiche di supporto a molte teorie psicologiche.³⁷³

La maggior parte dei problemi sono sorti dal momento in cui tale disciplina ha allargato le proprie brame di indagine anche alle esperienze soggettive dell'interiorità, cercando di fornire i "perché", invadendo il campo di altri compartimenti del sapere. Questo obiettivo può dirsi almeno parzialmente riuscito, ma ovviamente senza evitare l'effetto collaterale di irruzione in altre discipline.^{374 375}

La difficoltà ad aprirsi a tale disciplina può rinvenirsi sotto un certo punto di vista in corrispondenza di quel passaggio della sentenza Raso³⁷⁶ dove si qualifica il DSM³⁷⁷ come "il più moderno e diffuso manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali", affermando che "la dottrina psichiatrico-forense appare concorde, ormai sulla circostanza che, essendo questo il sistema diagnostico più diffuso, ad esso occorre fare riferimento per la riconducibilità classificatoria del disturbo."³⁷⁸ A prescindere dai limiti interni³⁷⁹ che può avere il DSM³⁸⁰, il problema principale è che tale manuale non sia classificabile come un prodotto delle neuroscienze. In realtà nella

³⁷³ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, in *Itinerari di Diritto Penale* (collana diretta da G.FIANDACA, E. MUSCO, T. PADOVANI, F. PALAZZO), Giappichelli, Torino, 2009, p. 184.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ Cfr. M. S. GAZZANIGA, R. B. IRVY, G. R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, Zanichelli, Bologna, 2005

³⁷⁶ Cass, SS. UU. Pen., 8 marzo 2005, n. 9163

³⁷⁷ Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, contenente i criteri diagnostici e la descrizione delle più comuni patologie da un punto di vista sia fisico che comportamentale.

³⁷⁸ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e Scienza*, 2012, n. 6

³⁷⁹ Uno dei maggiori limiti è quello che gli strumenti nosografici-descrittivi non permettono di effettuare diagnosi di sede (che mirano ad individuare la struttura nervosa alterata che provoca il sintomo), e diagnosi di natura (volte a riscontrare la riconducibilità dei sintomi alla struttura nervosa alterata) e diagnosi funzionali (diretta ad indicare le conseguenze di un certo disturbo nell'ottica del comportamento globale del soggetto). E' proprio su questi limiti che invece trovano terreno su cui attecchire le neuroscienze attraverso le tecniche di *neuroimaging*.

³⁸⁰ Puntualmente segnalati in dottrina: V. M.T. COLLICA, *Il riconoscimento delle neuroscienze nel diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*; E. FIANDACA, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche – Il processo penale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2005, p. 22 e ss; D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 814 e ss.; C. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della "verità", e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA. VV., *Scienza e causalità*, a cura di C. DE MAGLIE – D. SEMINARA, Padova, 2006 p. 153 e ss.

sentenza Raso non ci si riferisce al DSM come se fosse un passaggio obbligatorio per la diagnosi del disturbo mentale, ma piuttosto come un elemento di supporto per confermare la tesi che anche i disturbi della personalità possono essere ricondotti nel concetto dell'infermità di mente. Non merita perciò condivisione quell'impostazione che circoscrive l'indagine del perito all'accertamento del vizio di mente solo sulla base del DSM.³⁸¹

In ogni caso, l'utilizzo di metodologie di indagine così innovative ovviamente è stato oggetto di dibattito da parte della dottrina processual-penalistica, dando luogo a diverse correnti di pensiero.³⁸²

Secondo una di esse, ad esempio, l'influenza del sapere neuroscientifico andrebbe a snaturare i lineamenti del processo penale, facendo diventare l'imputato un oggetto di indagine processuale, e non più un soggetto di giudizio. Secondo tale impostazione la forza pervasiva dell'indagine sul dato reale finirebbe per cooptare la centralità del giudizio giuridico-normativo sotteso all'imputabilità, comportando un impoverimento della dogmatica ricostruttiva del reato, che andrebbe a riflettersi anche dal punto di vista processuale.³⁸³

Generalmente, da un lato c'è chi considera le neuroscienze una scoperta di portata millenaristica, dall'altro lato c'è chi nonostante non sia così esaltato da tale disciplina riconosce in termini più moderati il valido ausilio che queste possono fornire all'accertamento del fatto, invitando comunque a non riporre incondizionata fiducia nelle risultanze derivanti dai testi neurologici³⁸⁴.

Al di là dei punti di vista, va comunque riconosciuto il contributo che le neuroscienze possono offrire nella valutazione della capacità di

³⁸¹ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 7.

³⁸² G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e Scienza*, 2012, n. 6

³⁸³ *Ibidem*

³⁸⁴ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neurosciences changes nothing and everything, one contribution to a Theme Issue "Law and the brain"*, in *"Phil. Trans. Royal Society"*, London, 2004, 359, n. 1451, p. 1775 e ss.

intendere e di volere nel campo del diritto penale. Tale valutazione è infatti la base imprescindibile sulla quale si fonda la responsabilità penale e di conseguenza l'imputabilità. Decifrare le basi biologiche del comportamento umano è un obiettivo della scienza che potrebbe avere importanti risvolti per il mondo del diritto.³⁸⁵

4. Neuroscienze e libero arbitrio

Se il soggetto è libero, può decidere di agire o di non agire. A fronte del suo agire o non agire ci saranno delle conseguenze. Tali conseguenze rientrano nella consapevolezza del soggetto, e proprio di tali conseguenze egli sarà responsabile. Il problema sorge laddove il soggetto non era libero di determinarsi nella sua azione o nella sua omissione. Mancherà in questo caso quella congiuntura tra capacità di intendere e di volere e azione che porta alla responsabilità.

Le neuroscienze possono vedersi attribuito un ruolo importante in questa partita: possono aiutare a capire quando l'individuo sia libero o quando, per conformazioni cerebrali innate o provocate accidentalmente, il suo agire sia condizionato, ovvero il suo arbitrio nella scelta del comportamento non sia libero.

Il libero arbitrio è un concetto che è sempre stato al centro di molti dibattiti teorici, e risulta veementemente tirato in ballo con la nuova affermazione delle neuroscienze e con gli inevitabili risvolti che queste vanno assumendo all'interno del sistema penalistico.

Le scoperte neuroscientifiche hanno infatti portato ad individuare: che particolari lesioni cerebrali possono configurarsi come un condizionamento coattivo delle estrinsecazioni comportamentali di un

³⁸⁵ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?* (Contributo rivisto dal prof. Amedeo Santosuosso) Online: https://www.academia.edu/259340/Il_diritto_penale_e_le_neuroscienze_quale_possibilita_di_dialogo . Barbara Bottalico è Borsista presso la fondazione I.R.C.C.S. Policlinico san Matteo di Pavia, su un programma di ricerca in collaborazione con il Centro di Ricerca Interdipartimentale ECLSC, Università degli studi di Pavia.

dato soggetto; che il cervello decide in un momento precedente a quello in cui il soggetto matura la consapevolezza della decisione³⁸⁶; che è possibile predire attraverso la risonanza magnetica funzionale (fMRI) quale scelta il soggetto opererà³⁸⁷. Tramite le tecniche di *neuroimaging*³⁸⁸, come ad esempio la fMRI³⁸⁹ o l'EEG³⁹⁰, si è potuta infatti visualizzare l'attività cerebrale della corteccia prefrontale e capire cosa succede quando un soggetto si trova ad effettuare una scelta, e ciò che è emerso è che la libertà di scelta è compromessa laddove si notano alterazioni della struttura del cervello.

Tali risultanze sembrano mettere in discussione la libertà dell'essere umano in generale, e con essa, in maniera più specifica, anche quel libero arbitrio che si pone alla base di imputabilità e punibilità, quindi dell'intero sistema penalistico.³⁹¹ A. Forza dice: "l'idea che la libertà possa essere soltanto un'illusione potrebbe, in prospettiva, minare pericolosamente le fondamenta dei sistemi penali, essendo a rischio il fondamento dell'imputabilità".³⁹²

A fronte di ciò si pone, sia pur su basi scientifiche rinnovate, un

³⁸⁶ V. l'esperimento di Benjamin Libet riportato di seguito (ma venti anni prima erano giunti a tale conclusione anche i neurologi tedeschi Kornhuber e Deecke).

³⁸⁷ J.D. HAYNES, *Posso prevedere quello che farai*, in M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2010, p. 5 ss.

³⁸⁸ Il *neuroimaging* permette di misurare il metabolismo cerebrale tramite alcune tecniche (come fMRI, PET, EEG, MEG, ecc.), al fine di analizzare la relazione tra specifiche funzioni cerebrali e l'attività di determinate aree. E' uno strumento particolarmente importante nelle indagini delle neuroscienze cognitive e nella neuropsicologia, e sta assumendo rilevanza anche per lo studio delle alterazioni encefaliche derivanti da stress traumatici, malattie oncologiche, vascolari e neurodegenerative.

³⁸⁹ Risonanza magnetica funzionale: visualizza la risposta emodinamica (cambiamenti nel contenuto di ossigeno del parenchima e dei capillari) in relazione all'attività neuronale del cervello.

³⁹⁰ Elettroencefalografia: permette di visualizzare l'attività elettrica cerebrale.

³⁹¹ A. FORZA, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?* In *Dir. Pen e proc.*, 2012, 11, 1380 : "Questa nuova immagine dell'uomo, che le neuroscienze stanno svelando, si appalesa sempre più come un qualcosa di diverso da quella rappresentazione che il senso comune ci induce a ritenere: un essere libero e razionale, comunque in grado di autodeterminarsi. I dati, che al contrario la ricerca sta facendo emergere, (...), forniscono un'immagine diversa e controintuitiva dell'essere umano, non più appunto divisa tra anima e corpo, bensì di un unicum frutto dell'evoluzione, molto meno libero di quanto si è portati a ritenere, a causa dei condizionamenti genetico-cerebrali".

³⁹² A. FORZA, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?* In *Dir. Pen e proc.*, 2012, 11, 1380.

interrogativo risalente: si può parlare di libero arbitrio se le azioni umane sono condizionate dalla struttura neurologica cerebrale, o dal patrimonio genetico? Le posizioni al riguardo sono state molteplici.

Va anzitutto considerata l'ontologica incompatibilità tra coloro che sposano il "determinismo"³⁹³ e coloro che invece ripongono le loro convinzioni nella teoria dell'"autodeterminazione"³⁹⁴. Se le visioni neuroscientifiche e deterministiche fossero incompatibili con il libero arbitrio, ciò condizionerebbe l'accettazione dei capisaldi su cui si fonda l'ordinamento giuridico.³⁹⁵

S.J. Gould³⁹⁶ ritiene che essendo i nostri tratti geneticamente condizionati, essi sono automaticamente ineluttabili³⁹⁷, cioè non possono essere cambiati né con l'educazione, né con la cultura, né con altro. In realtà questa impostazione, che risponderebbe alla categoria del determinismo, risulta completamente fallace: è accreditato ormai da tempo che non siamo interamente condizionati dai geni, ma il nostro profilo discende da una commistione tra ambiente e geni.³⁹⁸

La spiegazione neuroscientifica oggi più accreditata potrebbe essere compendiata nel sottotitolo di un celebre libro dello scienziato G. Marcus³⁹⁹: "come un piccolo numero di geni crea la complessità del pensiero umano"⁴⁰⁰, la cui tesi centrale nega che il cervello sia un

³⁹³ In base al quale ogni evento che accade trova la sua giustificazione in circostanze tali che hanno reso la stessa attuazione inevitabile.

³⁹⁴ In base al quale ogni evento che accade trova la sua giustificazione in un'azione volontaria umana.

³⁹⁵ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 193.

³⁹⁶ Stephen Jay Gould (1941-2002), biologo, zoologo, paleontologo e storico della scienza statunitense.

³⁹⁷ S. J. GOULD, *Questa idea della vita: la sfida di Charles Darwin*, p. 226: "Ben che vada, possiamo canalizzarli, ma non potremo mai cambiarli, né con l'educazione, né con la cultura".

³⁹⁸ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 195

³⁹⁹ Gary Marcus (1970, Baltimora) è un ricercatore di psicologia il cui lavoro si focalizza su linguaggio, biologia e mente. E' professore nel dipartimento di Psicologia all'università di New York, e direttore del NYU Infant Language Center.

⁴⁰⁰ Ci si riferisce al libro G. MARCUS, *La nascita della mente. Come un piccolo numero di geni crea la complessità del pensiero umano.*, Codice, 2008

organo fisico diverso dagli altri sistemi fisici⁴⁰¹.⁴⁰²

Marcus ritiene che il genoma non sia una stretta e vincolata “predeterminazione” (i geni da soli non possono condizionare quel che sarà dell’individuo e della sua mente), ma piuttosto una “libreria d’istruzioni” che calibra la propria estrinsecazione in base alle situazioni⁴⁰³, proprio come se l’ambiente esterno avesse il ruolo di “direttore d’orchestra” delle note di una sinfonia.⁴⁰⁴

Inoltre i sostrati neurali non sono innati, ma si possono sviluppare diversamente durante la crescita a seconda delle esperienze pratiche del bambino e dalla sua interazione con l’ambiente esterno (ovviamente non ci si riferisce qui a quegli automatismi slegati dalle incidenze esterne, come la crescita della barba nei ragazzi di sesso maschile durante l’adolescenza).⁴⁰⁵

⁴⁰¹ G. MARCUS, *La nascita della mente*, cit. p. 80 : “gli ultimi 150 anni hanno ampiamente chiarito che il cervello è un sistema fisico e che modificazioni del cervello conducono a modificazioni della mente”, e ancora “anche se la funzione del cervello è diversa da quella degli altri organi, le sue capacità, come quelle di tutti gli altri organi, derivano dalle sue proprietà fisiche [...]. I costituenti fondamentali del cervello – i neuroni e le sinapsi che li connettono – possono essere visti come sistemi fisici con proprietà chimiche ed elettriche che derivano dalla loro composizione [...]. I SE e gli ALLORA dei geni controllano la crescita dei neuroni nello stesso modo in cui controllano la crescita di qualsiasi altro tipo di cellula. Per molti aspetti, lo sviluppo del cervello è semplicemente un caso particolare dello sviluppo dell’organismo”.

⁴⁰² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 195

⁴⁰³ G. MARCUS, *La nascita della mente*, cit., p. 95 : “nessun gene lavora per i fatti suoi. Le strutture biologiche complesse – sia che si parli di cervello, sia che si parli di cuore o di reni – sono il prodotto di azioni concertate e di interazioni tra molti geni, non solo di uno”.

⁴⁰⁴ ..per cui “le sequenze dei geni SE-ALLORA danno alle cellule il potere di comportarsi come membri di complicate orchestre che sanno improvvisare”. Sempre G. MARCUS, *La nascita della mente*, cit., p. 78 . Sempre ne *La nascita della mente*, cit., p. 197, dice “Anziché vedere il genoma come un progetto statico che funziona indipendentemente dall’esperienza e solo fino al momento della nascita, siamo giunti a vedere il genoma come un insieme dinamico, complesso di ricette auto-regolatrici che modulano attivamente ogni fase della vita. La natura non è una dittatrice ostinata che costruisce lo stesso edificio indipendentemente dall’ambiente, ma una coccinella scout, flessibile e preparata con piani di emergenza per ogni evenienza”.

⁴⁰⁵ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 197. Sul punto G. MARCUS, *La nascita della mente*, cit., p. 56 : “i nativisti hanno ragione nell’affermare che parti significative del cervello sono organizzate anche senza che vi sia esperienza, e i loro oppositori hanno ragione a ribadire che la struttura del cervello è molto sensibile all’esperienza. La natura è stata proprio ingegnosa, infatti,

Guardando all'intreccio tra geni ed ambiente, sempre attraverso una visione propensa all'importanza della loro interazione, ma da un'ottica più scientifica, si può far riferimento alla dicotomia tra genotipo e fenotipo: "il processo di attivazione dell'espressione genica trasforma il genotipo nel fenotipo, trasformando la struttura virtuale [...] codificata nel nostro DNA in un vero e proprio tessuto. Questa operazione è regolata da meccanismi fisiologici e specifici che sono a loro volta influenzati dall'ambiente. La maniera in cui il genotipo si esprime per formare il "noi" fenotipico è inestricabilmente collegata all'ambiente (diverso per ogni individuo, pertanto del tutto unico) in cui si svolge il nostro sviluppo".⁴⁰⁶

Ci sono quindi molteplici visioni e teorie sul cervello e sul suo possibile condizionamento da parte del mondo esterno. A ciò corrisponde un clima di particolare incertezza quando si parla del libero arbitrio, cioè della capacità di scegliere liberamente come agire. Uno degli argomenti più suggestivi usati "contro" il libero arbitrio deriva da alcuni esperimenti condotti da Benjamin Libet⁴⁰⁷ e Michel Gazzinga⁴⁰⁸, tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta. Tali esperimenti hanno assunto un'importanza emblematica nella letteratura neuroscientifica grazie alla straordinarietà delle conclusioni alle quali sono giunte.⁴⁰⁹

Libet, studiando la relazione temporale che intercorre tra l'intenzione di compiere un movimento e l'attivazione cerebrale necessaria per

dotandoci di un dispositivo non solo così fantastico che può organizzarsi da sé, ma anche così flessibile che si può raffinare e ricalibrare ogni giorno".

⁴⁰⁶ M. SOLMS-O. TURNBULL, *Il cervello ed il mondo interno. Introduzione alle neuroscienze dell'esperienza soggettiva.*, Cortina, 2004, p. 248. Vedi anche A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, 1995, p. 177 e ss.; e S. ROSE, *Il cervello del ventesimo secolo. Spiegare, curare e manipolare la mente*, Codice, 2008, p. 382 e ss.

⁴⁰⁷ Benjamin Libet (1916 – 2007), neurofisiologo e psicologo statunitense. Pioniere nelle ricerche sulla coscienza, ricercatore e docente presso la University of California, San Francisco.

⁴⁰⁸ Michael Gazzaniga (1939) è uno dei più importanti neuroscienziati del mondo. È statunitense (nipote di immigrati italiani arrivati nel New England), ed è professore di psicologia all'Università della California, Santa Barbara, dove dirige il nuovo centro di SAGE per lo studio della mente.

⁴⁰⁹ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 199

eseguirlo⁴¹⁰, ha notato come l'attività cerebrale precede di alcune centinaia di millisecondi il manifestarsi nella coscienza della "sensazione di volere".⁴¹¹ Questo vuol dire che il gesto parte dal cervello, e successivamente diviene consapevole al soggetto stesso. Da ciò, Libet arriva a negare che il libero arbitrio abbia un ruolo nell'assunzione della decisione: la decisione viene presa dal cervello prima ancora che il soggetto ne sia consapevole. Quello che avrebbe il soggetto sarebbe piuttosto un "potere di veto"⁴¹². Ciò vuol dire che il libero arbitrio non darebbe avvio ad un processo volontaristico, ma potrebbe in qualche modo controllarne il risultato⁴¹³, impedendo l'azione o permettendogli di procedere.⁴¹⁴ Questa tesi è avanzata anche da un altro famoso neuroscienziato, V. Ramachandran⁴¹⁵, secondo il quale la nostra mente cosciente sarebbe appunto dotata di "libero veto", e non di libero arbitrio.⁴¹⁶ In tempi più recenti è da segnalare l'operato di J.D. Haynes⁴¹⁷, che ha proseguito sulla linea di pensiero di Libet, supportato però dalla risonanza magnetica funzionale. Correggendo alcune imperfezioni, tale scienziato (insieme ad altri) ha mostrato che l'informazione che predice la scelta di compiere un movimento è presente nella corteccia frontopolare del soggetto alcuni secondi prima che questo ne abbia consapevolezza. Lo stesso Heynes riconosce però che la portata delle decisioni che si

⁴¹⁰ Si chiedeva a coloro che si sottoponevano all'esperimento di spingere un pulsante nel momento in cui veniva presa la scelta di muovere la propria mano per misurare il "potenziale di prontezza".

⁴¹¹ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 9

⁴¹² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 199. Vedi B. LIBET, *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Cortina, Milano, 2007, in part. 144 ss.

⁴¹³ B. LIBET, *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Cortina, Milano, 2007

⁴¹⁴ A. FORZA, *Neuroscienze e diritto*, in *Rivista penale*, 2009, n. 3 online: http://www.studiolegaleassociatoforza.com/uploads/1/6/8/0/16803976/neuroscienze_e_diritto.pdf, p. 9

⁴¹⁵ Vilayanur Subramanian Ramachandran (1951) è un neuroscienziato indiano, conosciuto per il suo lavoro nei capi delle neuroscienze del comportamento e della psicofisica. La rivista Newsweek lo ha definito una delle cento persone più importanti del nostro secolo.

⁴¹⁶ V. RAMACHANDRAN, *Che cosa sappiamo della mente*, Mondadori, Milano, 2004

⁴¹⁷ John-Dylan Haynes (1971), insegna *neuroimaging* presso il Centro Bernstein di neuroscienze computazionali di Berlino. I suoi studi riguardano le basi neuronali della consapevolezza nei processi visivi e motori.

sottopongono all'esaminando, estremamente semplici, non sono paragonabili a quelle che si ripropongono poi nella vita reale, ciò però sarebbe per lui sufficiente per confutare la concezione comune che vede il momento decisionale come una circostanza del tutto svincolata dall'attività cerebrale.⁴¹⁸

Anche Gazzaniga, dal canto suo, ha dimostrato che la fusione di due parti di una stessa parola (ad esempio "ca" e "ne"), avviene molto prima del momento in cui diventiamo consapevoli della parola finale.⁴¹⁹ Egli osserva che però le neuroscienze non saranno mai in grado di evidenziare il "corrispettivo cerebrale della responsabilità": questa è un'etichetta sociale che può essere riferita agli individui, non alle strutture neurali del cervello.⁴²⁰ Gazzaniga, in relazione al ridimensionamento del libero arbitrio in chiave deterministica, profetizza che "verrà un giorno in cui la questione sarà dominante nell'intero sistema giuridico."⁴²¹

Una conclusione non molto diversa è stata raggiunta con l'analisi del funzionamento del sistema dei neuroni-specchio, che si attivano al di là di ogni controllo cosciente.⁴²² Si tratta di strutture cellulari che si pongono alla base di forme inconscie di imitazione riscontrabile nell'interazione sociale tra individui, che inducono il soggetto ad una sorta di rispecchiamento nel comportamento altrui prima di decidere in che modo agire. In questo modo viene delegittimata la visione classica di una capacità decisionale autonoma su cui si fonda il libero

⁴¹⁸ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 10. Sul rapporto neuroscienza-libertà di volere-legge vedi M. COSTA, *Lombroso e le neuroscienze*, in *Cesare Lombroso cento anni dopo*, S. MONTALDO, P. TAPPERO (a cura di), Utet, Torino, 2009, pp. 361-384.

⁴¹⁹ O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 199. L'esperimento è descritto in M.S. GAZZANIGA-J. E. LEDOUX, *The Integrated Mind*, Plenum, New York, 1978

⁴²⁰ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3

⁴²¹ M. GAZZANIGA, *La mente etica*, Codice, Torino, 2006

⁴²² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli (collana *Itinerari di diritto penale*), 2009, p. 199

arbitrio, ma si inizia ad intravedere un'impronta di automatismo.⁴²³

Il profilo che più interessa ai nostri fini è proprio l'automatismo relativo al funzionamento dei meccanismi neurali. L'automatismo risulta essere infatti un argomento che depone contro il libero arbitrio, ed il libero arbitrio è la solida base su cui si erge la "fortezza" della capacità di intendere e di volere e di conseguenza dell'imputabilità. I meccanismi del cervello sono così tanto cari ai penalisti: la possibilità di essere puniti si regge sulla consapevolezza e la libertà che il soggetto ha di decidere di compiere una determinata azione. Come si concilia questo con l'automatismo neurale del cervello? Il fatto che alcuni comportamenti siano decisi in maniera incosciente, o per lo meno prima dell'intervento della coscienza, esclude o meno la sussistenza di un libero arbitrio?

Questo problema, relativo alla connessione tra le scoperte delle neuroscienze ed i capisaldi dei sistemi giuridici (soprattutto penalistici), è un dibattito aperto e presenta posizioni difformi. Gazzinga è dell'idea che determinismo e responsabilità siano compatibili, in quanto concetti eterogenei: il problema della responsabilità non può essere risolto dalle neuroscienze perché essa risiede nelle maglie di un sistema della società, e non nelle strutture neurali del cervello.⁴²⁴

Anche S.J. Morse ritiene che la capacità di intendere e di volere nel diritto è diversa da quella di cui si occupano le neuroscienze, perché non presuppone un concetto assoluto di libertà. Secondo Morse, il libertarismo è una concezione inaccettabile perché eccessivamente metafisica e il determinismo forte ("*hard determinism*")⁴²⁵ non è

⁴²³ A. FORZA, *Neuroscienze e diritto*, in *Rivista penale*, 2009, n. 3, p. 9. Vedi sull'argomento M. IACOBONI, *I neuroni specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008: questo prevede che "una migliore comprensione dei meccanismi neurobiologici che modellano il comportamento sociale umano (in particolare la ricerca sui neuroni specchio), dovrebbe anche influire direttamente sulla formazione dei nostri codici sociali".

⁴²⁴ M. GAZZANIGA, *La mente etica*, Codice, Torino, 2006, p. 99

⁴²⁵ In base all'determinismo forte o radicale (*hard determinism*), il concetto di responsabilità è incompatibile con le catene causali. Il libero arbitrio sarebbe una

conciliabile con i fondamenti del sistema giuridico. In quest'ottica l'unica soluzione possibile è quella di una via di uscita "compatibilista"^{426, 427}.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone W. Hassemer⁴²⁸, secondo il quale la colpevolezza e l'imputabilità non si possono fondare solamente sulle conoscenze della biologia umana, ma trovano la loro ratio piuttosto in un contesto sociale.⁴²⁹

Al contrario, N. Levy ritiene che la discussione giuridica dovrebbe invece essere maggiormente condizionata dalle novità neuroscientifiche (ad esempio nel sistema anglosassone la schizofrenia non è considerata in grado di escludere la capacità di intendere e di volere).⁴³⁰

La coscienza in realtà non è un attimo in particolare, ma è un processo che si estende nel tempo, e quindi il fatto che i meccanismi dell'emozione possano operare in un momento antecedente a quello in

mera "illusione psicologica" (I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012, p. 77 ss in part.).

⁴²⁶ La tesi c.d. "compatibilista" "affronta la questione concernente la compatibilità tra libero arbitrio e determinismo interrogandosi circa la possibilità per l'individuo di conservare la capacità di determinarsi liberamente nonostante la sottoposizione a leggi causali universali. Secondo tale orientamento è ben possibile sostenere la sussistenza di una volontà e di una razionalità del tutto indipendenti dai meccanismi fisici e in grado di governarli" (A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, p. 14). Tale concezione si rifà a filosofi come Leibniz, Locke, Dennett e Hume. In particolare D.C. DENNETT, *L'evoluzione della libertà*, Cortina, Milano, 2004, p. 383 si esprime così: "Quando si tratta di libero arbitrio non esiste una causa di angoscia più potente dell'immagine minacciosa che le scienze fisiche sommergano ogni nostra azione, buona o malvagia, nel brodo acido delle spiegazioni causali, corrodendo l'anima fino a che non rimarrà più niente da lodare o incolpare, da onorare, rispettare e amare. O almeno così sembra a molta gente. Per questo motivo, tali persone erigono una barriera dopo l'altra, ricorrendo a qualunque dottrina assolutistica che vada abbastanza bene per tenere a bada siffatte idee distruttive. Questa è una strategia destinata al fallimento, una reliquia dello scorso millennio".

⁴²⁷ S. J. MORSE, *New Neuroscienze, old problems: Legal implications of Brain Science*, 2004. Vedi anche A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, p. 15 e lo stesso S.J.MORSE, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, in M. Freeman (ed.) *Law and Neuroscience*, Oxford-New York, 2010, 530.

⁴²⁸ W. HASSEMER, *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*, in *InDret*, n. 2, 2011

⁴²⁹ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, p. 16

⁴³⁰ N. LEVY, *Neuroetica. Le basi neurologiche del senso morale*, tr. It. a cura di R.I. Rumiati, Apogeo, Milano, 2009.

cui se ne ha consapevolezza, non significherebbe incompatibilità tra coscienza e libero arbitrio. La decisione è causata dalla coscienza, ma i meccanismi che prendono la decisione sono comunque i nostri, e sono influenzati dalle nostre concezioni, dai nostri principi e dai nostri scopi.

In quest'ottica le neuroscienze invece che porsi come una minaccia per il libero arbitrio, potrebbero essere utili per capire quando si sia liberi di scegliere anche quando non si sia coscienti (in senso stretto) delle azioni che compiamo.

5. Casistica e giurisprudenza

La nozione di “infermità” presentata dal codice è una nozione in continua evoluzione, come in continua evoluzione è la scienza medica.

Il passo prima dell'avvento delle neuroscienze all'interno dei meandri della capacità di intendere e di volere, è stato quello compiuto nel 1963 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella celebre “Sentenza Raso”⁴³¹. Tale sentenza ha portato ad estendere la nozione di “infermità” anche a soggetti affetti da disturbi psicologici, e non psichiatrici, quando questi siano di “consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere”.

La sentenza Raso risulta indubbiamente un momento importante per la giurisprudenza in tema di capacità di intendere e di volere, e quindi di imputabilità. Essa ha infatti operato un'importante estensione dei disturbi rilevanti ai fini della verifica dell'idoneità a diminuire le facoltà intellettive e volitive dell'individuo.

Una volta riconosciuto che il vizio di mente può derivare sia da disturbi psicologici, che da disturbi più strettamente psichiatrici, ci si

⁴³¹ Cass., Sez. Un. Pen., 25 gennaio 2005, Raso, in *Cass. Pen.*, 2005, 6, 1851

chiede che ruolo debbano occupare in quest'ottica i disturbi derivanti da problemi neurologici legati alla corteccia cerebrale.

Con le neuroscienze infatti, si sono allargate ancora di più le maglie del vestito che può essere indossato dal vizio di mente, inteso come un'infermità idonea a scemare il libero arbitrio di un singolo soggetto e la sua capacità di intendere e di volere nel pieno delle facoltà discernitive.

Questo perché le neuroscienze hanno fatto emergere la possibilità che lesioni o malformazioni cerebrali possono condizionare la capacità di intendere e di volere di un soggetto che esternamente, e alla luce di test psicologici e psichiatrici, può capitare che manifestino non avere alcun problema.

Alla luce di tali nuove scoperte, la collocazione dell'infermità mentale rilevante ai fini della non imputabilità nella "casella" dei soli disturbi psichiatrici e psicologici (con i caratteri individuati nel 1963 dalla sentenza Raso), inizia a risultare stretta.

Una serie di recentissime pronunce testimonia come si stia iniziando a dare rilevanza anche ai disturbi evidenziabili dalle tecniche neuroscientifiche ai fini dell'esclusione dell'imputabilità (quando il vizio annulla totalmente le capacità di intendere e di volere), o della diminuzione della pena (quando il vizio non annulla, ma diminuisce la capacità di intendere e di volere).

5.1. Uno sguardo al passato. Un secolo fa: il processo Musolino.⁴³²

Circa un secolo fa, cioè all'inizio del Novecento, si svolge a Lucca il processo al brigante Musolino, personaggio con gesta criminali particolarmente efferate, ma allo stesso tempo bizzarro.

La difesa di Musolino chiede la valutazione dell'imputabilità del brigante, e di fronte alla Corte vengono esibite due perizie. Si tratta

⁴³² P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, pp. 1-3

dell'opera di psichiatri particolarmente esperti e conosciuti nell'ambito della psichiatria italiana che si pone a cavallo tra Ottocento e Novecento. Per la difesa il collegio peritale è formato da Leonardo Bianchi⁴³³ e Mariano Luigi Patrizi⁴³⁴; nel collegio peritale dell'accusa sono presenti invece Enrico Morselli⁴³⁵ e Sante de Sanctis⁴³⁶.

Le perizie sono state raccolte in due volumi⁴³⁷ pieni di dati, acquisiti mediante metodologie diagnostiche che all'epoca erano innovative.⁴³⁸

Nonostante abbiano applicato gli stessi strumenti diagnostici, i due collegi giungono a risultati opposti: secondo il collegio peritale della difesa Musolino non deve essere considerato del tutto responsabile delle sue azioni perché affetto da disturbi di epilessia; al contrario, secondo il collegio peritale dell'accusa, la tendenza al crimine di Musolino deriva più che dall'epilessia, da ragioni di provenienza regionale⁴³⁹, e in ragione di ciò deve essere considerato pienamente imputabile.

I magistrati giudicanti danno retta alle conclusioni abbracciate

⁴³³ Leonardo Bianchi (1848-1927) psichiatra e politico, membro del Parlamento italiano e Ministro dell'educazione. E' considerato uno dei pionieri della psicologia italiana.

⁴³⁴ Mariano Luigi Patrizi (1866-1935) fu uno psichiatra e psicologo, successore dell'illustre Lombroso all'Università di Torino.

⁴³⁵ Enrico Morselli (1852-1929) fu uno psichiatra, direttore del manicomio di Macerata e della clinica psichiatrica dell'Università di Torino.

⁴³⁶ Sante de Sanctis (1862-1935), psichiatra e psicologo, ritenuto uno dei padri fondatori della neuropsichiatria infantile italiana.

⁴³⁷ Alla fine del processo le due perizie vengono date alla stampa: E. MORSELLI, *Biografia di un bandito. Giuseppe Musolino di fronte alla psichiatria ed alla sociologia. Studio medico-legale*, Milano, Fratelli Treves, 1902; e M. L. PATRIZI, *La fisiologia di un bandito (Musolino)*, Torino, Bocca, 1904.

⁴³⁸ Si misurano: lo sviluppo e la vita organica interna (nutrizione, circolazione, appetiti sessuali, secrezioni, respirazioni); la capacità sensoriale e le reazioni di moto; l'ambiente familiare e culturale in cui Musolini è cresciuto; la "vita psichica superiore", cioè l'intelligenza e la volontà; le capacità sensoriali e le reazioni di moto; i tratti antropologici esterni.

⁴³⁹ All'epoca era un'opinione ampiamente circolante l'idea che i calabresi (come tutti gli altri abitanti del sud Italia) fossero individui maggiormente predisposti al crimine per ragioni antropologiche, anche se questa concezione non fu priva di oppositori. Uno dei maggiori sostenitori di questa teoria, tra gli altri scienziati che la avallarono, fu Cesare Lombroso (C. LOMBROSO, *In Calabria* (1862-1867), Catania, Giannotta, 1898).

dall'accusa, e condanno Musolino all'ergastolo⁴⁴⁰.

La divergenza di conclusioni che risulta dai due collegi irrita Augusto Tamburini, il "padre nobile" delle psichiatria dell'epoca, che scrive un articolo⁴⁴¹ nel quale sostiene che questo modo di procedere mina la credibilità del ruolo dello psichiatra nel processo penale. Tamburini non prende una posizione schierata, ma ritiene, per quanto riguarda la perizia dell'accusa, che pur esponendosi nel senso di una "non normalità" di Musolino, non risponde alla domanda se quest'ultimo sia capace di intendere e di volere. E inoltre, come non esiste nessuna correlazione tra epilessia e diritto, non esistono nemmeno le razze, e tantomeno le razze criminali.

5.2. La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste (18 settembre 2009, n. 5)

La sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 2009⁴⁴² deriva da un processo per omicidio a carico di un cittadino di nazionalità algerina (B.). La vicenda è la seguente.

Nel 2007, mentre un cittadino algerino (B.) residente da anni in Italia rientra a casa, con il volto truccato per motivi religiosi (sta andando a una funzione che prevede questo tipo di trucco), nota un soggetto che lo guarda insistentemente e che lo deride alludendo ad una sua possibile omosessualità. Da questa provocazione, nasce una

⁴⁴⁰ La pena di morte era stata abolita una decina di anni prima.

⁴⁴¹ L'articolo, *Il processo Musolino e le perizie psichiatriche*, apparso in "Rivista sperimentale di Freniatria", 28, 1902, 2-3, fu pubblicato in appendice a M. L. PATRIZI, *La fisiologia di un bandito*, cit., p. 216-219

⁴⁴² Corte d'Assise d'Appello di Trieste, 18 settembre 2009, n. 5, in *Riv. Pen.*, 2010, 1, p. 70 ss, nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale.*; Si veda anche E. FERESIN, *Lighter sentence for murder with 'bad genes'*, in "Nature", 2009; A.CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, pp. 17-18 ; S. CODOGNOTTO-G. SARTORI, *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Trieste*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, XXII, 2, 269 ss.; P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 12, n. 2, Giugno-Dicembre 2012.

colluttazione tra i due che non ha lì per lì alcun esito disastroso. Successivamente, B. si reca ad acquistare un coltello e torna sul luogo della colluttazione per uccidere l'uomo con il quale si era scontrato e, confondendosi con un'altra persona a causa della medesima origine etnica⁴⁴³, uccide il malcapitato.⁴⁴⁴

All'inizio del processo, l'avvocato di B. chiede un esame psichiatrico volto a verificare se il suo assistito al momento dell'omicidio fosse nel pieno delle sue facoltà mentali. E' così che viene disposta una perizia psichiatrica su B. in incidente probatorio⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Relativamente a ciò, P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origine di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p.3: "Ma come si sa, per un'elementare legge psicologica per noi tutti i cinesi sono uguali, e per i cinesi noi ci assomigliamo un po' tutti".

⁴⁴⁴ In seguito all'omicidio, B. si presenta in ospedale per curare le ferite che si era procurato durante la colluttazione, inventandosi di essere stato aggredito da un gruppo di giovani mulatti. Oltre alle evidenti contusioni in volto, che si potevano ben conciliare con il racconto di B., gli agenti di servizio notano delle tracce di sangue raggrumato che non li convince e lo convocano in Questura per interrogarlo. L'imputato inizialmente è reticente, ma dopo un po' confessa di aver ucciso la persona della quale la Questura di Udine poche ore prima ha ritrovato il cadavere.

⁴⁴⁵ L'incidente probatorio è disciplinato dall'art. 392 c.p.p. : "1. Nel corso delle indagini preliminari il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono chiedere al giudice che si proceda con incidente probatorio: a) all'assunzione della testimonianza di una persona, quando vi è fondato motivo di ritenere che la stessa non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento; b) all'assunzione di una testimonianza quando, per elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità affinché non deponga o deponga il falso; c) all'esame della persona sottoposta alle indagini su fatti concernenti la responsabilità di altri ; d) all'esame delle persone indicate nell'articolo 210 ; e) al confronto tra persone che in altro incidente probatorio o al pubblico ministero hanno reso dichiarazioni discordanti, quando ricorre una delle circostanze previste dalle lettere a) e b); f) a una perizia o a un esperimento giudiziale , se la prova riguarda una persona, una cosa o un luogo il cui stato è soggetto a modificazione non evitabile; g) a una ricognizione , quando particolari ragioni di urgenza non consentono di rinviare l'atto al dibattimento. Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600bis, 600ter e 600quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600quater.1, 600quinquies, 601, 602, 609bis, 609quater, 609quinquies, 609octies, 609undecies e 612bis del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1. Il pubblico ministero e la persona sottoposta alle indagini possono altresì chiedere una perizia che, se fosse disposta nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni ovvero che comporti l'esecuzione di accertamenti o prelievi su persona vivente previsti dall'articolo 224bis.

Le perizie psichiatriche disposte dal giudice⁴⁴⁶ e dalla consulenza tecnica⁴⁴⁷ della difesa dimostrano che l'imputato era totalmente incapace di intendere e di volere al momento del fatto. Al contrario, la perizia psichiatrica disposta dal PM fa emergere soltanto un vizio parziale di mente e ritiene che la validità delle conclusioni del perito del giudice siano state inficiate dalle ipotesi relative ai moventi dell'omicidio.

Il giudice accoglie quest'ultima perizia e condanna il cittadino algerino a nove anni e due mesi di reclusione, identificando l'imputato parzialmente capace di intendere e di volere e di conseguenza diminuendo la pena per il reato previsto dall'art. 575 c.p.⁴⁴⁸ ai sensi dell'art. 89 c.p.⁴⁴⁹ .⁴⁵⁰

La sentenza viene appellata dalla difesa.

In secondo grado, la Corte d'Assise d'Appello, data la complessità del caso e le diverse risultanze dei vari esperti, decide di disporre ai sensi dell'art. 603 c.p.p.⁴⁵¹ una nuova perizia, conferendo l'incarico peritale

⁴⁴⁶ Da quella del giudice emerge una grave patologia psichiatrica di stampo psicotico, che l'ha reso al momento del fatto in una condizione di scompenso.

⁴⁴⁷ Da quella della consulenza della difesa l'imputato risulta affetto da una psicosi schizofrenica scompensata.

⁴⁴⁸ Art. 575 c.p.p. , rubricato "Omicidio": "Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno".

⁴⁴⁹ Art. 89 c.p., rubricato "Vizio parziale di mente": "Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita."

⁴⁵⁰ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 4.

⁴⁵¹ Art. 603 c.p.p., rubricato "rinnovazione dell'istruzione dibattimentale": "Quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585 comma 4, ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'articolo 495 comma 1. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è disposta di ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria. Il giudice provvede con ordinanza, nel contraddittorio delle parti. Alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, disposta a norma dei commi precedenti, si procede immediatamente. In caso di impossibilità, il dibattimento è sospeso per un termine non superiore a dieci giorni."

a due luminari delle neuroscienze: il prof. G. Sartori⁴⁵² e il prof. P. Pietrini⁴⁵³, che avrebbero dovuto accertare la capacità di intendere e di volere del soggetto al momento del fatto.^{454 455}

I due neuroscienziati si avvicinano alla questione con metodi peritali del tutto innovativi, derivanti dalle nuove tecniche messe in luce dalle scoperte neuroscientifiche, ed effettuano dei test mai utilizzati fino a quel momento in ambito processuale.

L'ammissione di questi metodi rientra nelle "prove scientifiche", e perciò deve conformarsi ai criteri dell'art. 189 c.p.p.⁴⁵⁶: deve essere

⁴⁵² Ordinario di neuroscienze cognitive e di neuropsicologia clinica presso l'Università di Padova. In Italia è uno dei maggiori esperti delle relazioni tra diritto e neuroscienze. Si occupa nel settore forense di *lie-detection*, comportamento criminale, *memory-detection* e neuroscienze del libero arbitrio. Nell'ambito della neuropsicologia clinica si occupa di neuropsicologia della demenza e di memoria semantica. I suoi studi sono stati pubblicati sulle più importanti riviste scientifiche, è stato perito e consulente in alcuni dei più salienti casi giudiziari ed ha scritto numerosi libri, tra cui ha curato uno dei primi lavori sull'argomento: M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze ed il libero arbitrio*, Torino, Codice edizioni, 2010. E' stato intervistato da M. Mozzoni sull'argomento "sentenza di Trieste", in *Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*, online: www.brainfactor.it/?p=1356.

⁴⁵³ Ordinario presso il dipartimento di patologia sperimentale, biotecnologie mediche, infettivologia ed epidemiologia all'università di Pisa.

⁴⁵⁴ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 4, online:

http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/anno%20XIII%20n_2/Marchetti_it.pdf.

⁴⁵⁵ G. Sartori durante l'intervista condotta da M. Mozzoni (*Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*), pubblicata su <http://www.brainfactor.it/?p=1356>, alla domanda "Che cosa vi è stato chiesto esattamente dalla Corte in qualità di Periti?", risponde "Il quesito posto dal giudice riguardava la capacità di intendere e di volere al momento del fatto/reato. Nel caso in questione abbiamo concluso per un vizio parziale di mente. Affinché sussista il vizio parziale è necessario dimostrare che la capacità di intendere e di volere è grandemente scemata a seguito della presenza di un'infermità di mente. La capacità di intendere e di volere è un termine giuridico sostanzialmente sinonimo di libero arbitrio. Quando è scemata è scemato anche il libero arbitrio. Vi deve inoltre essere la presenza di un'infermità di mente, concetto interpretato dalla giurisprudenza come indicante una alterazione patologica del sistema nervoso. La dimostrazione della infermità di mente è giuridicamente un passaggio essenziale in quanto una capacità di intendere e di volere per cause non patologiche (es. gelosia) non permette di identificare la presenza di un vizio di mente. Un altro passaggio logico fondamentale è la specificazione del reato perché è necessario dimostrare, se si vuol sostenere il vizio di mente, che il reato si realizza come "sintomo" della malattia. La capacità di intendere e di volere deve quindi essere sempre valutata in relazione al fatto/reato che è quello descritto sopra.

⁴⁵⁶ Art. 189 c.p.p., rubricato "Prove non disciplinate dalla legge": "Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale

idonea ad accertare il fatto (si rinvia per il giudizio di idoneità ai parametri della sentenza Daubert della Corte Suprema degli Stati Uniti) e non deve essere lesiva della libertà morale, e in questo caso il risultato sarà positivo.⁴⁵⁷ I periti introducono possono perciò introdurre, accanto alle metodiche tradizionali, i loro innovativi sistemi di accertamento della capacità di intendere e di volere, come l'uso di neuroimmagini e test genetici.⁴⁵⁸ Ad una diagnosi descrittiva, che viene compiuta all'esito della somministrazione di alcuni test validi a livello internazionale e di un colloquio psichiatrico, seguono una diagnosi di sede, realizzata per mezzo della risonanza magnetica dell'encefalo volta ad accertare la sussistenza di eventuali alterazioni morfo-funzionali, e una diagnosi di natura fondata sulla genetica molecolare.⁴⁵⁹

La risonanza magnetica all'encefalo non ravvisa impronte di alterazioni strutturali, ma i periti rintracciano oltre ad una diminuzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria, la presenza di un polimorfismo genetico: ci sono anomalie in cinque geni. Gli esperti presentano una serie di recenti studi, secondo cui chi è portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA⁴⁶⁰ può essere investito da un comportamento aggressivo o criminale, nel caso in cui sia cresciuto in un ambiente familiare e sociale negativo e traumatico⁴⁶¹, e

della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.", cfr. Cass, sez. VI pen, sent. 10 dicembre 2009, n. 47009

⁴⁵⁷ In questo caso la prova richiesta non risulta lesiva della libertà morale (poiché non avrebbe invaso la sfera intima), e risulta idonea ad accertare il fatto, di conseguenza viene ammessa.

⁴⁵⁸ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 4, online:

http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/anno%20XIII%20n_2/Marchetti_it.pdf.

⁴⁵⁹ A. CORDA, in *Arch. Pen*, 2014, n.3, p. 18

⁴⁶⁰ Monoamina ossidasi A – denominato MAOA-L

⁴⁶¹ P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, anno 13, n. 2, Giugno-Dicembre 2012, p. 4, online:

http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/anno%20XIII%20n_2/Marchetti_it.pdf.

qualora sia provocato o escluso socialmente.⁴⁶²

Avendo rilevato una certa vulnerabilità nel profilo genetico dell'imputato⁴⁶³, che lo ha reso particolarmente aggressivo in una situazione di provocazione e di stress, il giudice conferma la parziale capacità di intendere e di volere, ma riduce la pena di un anno rispetto a quella comminata in primo grado. Risulta in questa perizia una migliore documentazione dell'infermità mentale, resa più oggettiva da un corredo di cause psicosociali, neurali e generiche, che ha portato a concedere il massimo della riduzione di pena prevista per il vizio parziale di mente.⁴⁶⁴

I periti rilevano che il quadro psichiatrico di B., caratterizzato da deficit cognitivi come la difficoltà di ragionamento astratto, difficoltà di concentrazione e attenzione, deficit di intelligenza sociale

⁴⁶² A. CORDA, in *Arch. Pen.*, 2014, n.3, p. 18. La Corte osserva: “tale ‘vulnerabilità genetica’ risulta avere un peso ancor più significativo nel caso in cui l’individuo sia cresciuto in un contesto familiare e sociale non positivo e sia stato, specialmente nelle prime decadi della vita, esposto a fattori ambientali sfavorevoli, psicologicamente traumatici o negativi”. (c.d. interazione tra geni e ambiente). Nel caso di specie, il fattore che ha contribuito a peggiorare lo status dell'imputato è stato certamente l'insulto al sentimento religioso, al quale quest'ultimo era particolarmente attaccato. Quindi, una predisposizione genetica all'impulsività, coadiuvata dalla vulnerabilità del soggetto cresciuto in un contesto non proprio positivo, e stuzzicata da una provocazione come l'accostamento di una ben radicata tradizione religiosa ad una tendenza omosessuale, ha condizionato l'imputato nel suo agire. Infatti, nonostante molti tendano a sminuire il ruolo che i geni possono avere nel condizionare il comportamento umano, spaventati dall'idea di diminuire l'importanza del libero arbitrio, è ormai oggettivo e scientificamente provato che essi influiscono pesantemente sull'agire di un soggetto, insieme all'ascendenza inevitabile del mondo esterno e dell'esperienza.”

⁴⁶³ G. Sartori durante l'intervista condotta da M. Mozzoni (*Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*), pubblicata su <http://www.brainfactor.it/?p=1356>, 1 novembre 2009, alla domanda “avete preso anche fattori remoti della vulnerabilità del soggetto?” ha risposto: “Esistono anche dei fattori causali remoti che, pur non determinanti nella formulazione del parere, in quanto non centrali al concetto di causalità materiale giuridicamente rilevante, possono avere un ruolo nella valutazione complessiva del caso. I fattori causali remoti (fattori di vulnerabilità) sono di ordine genetico e psicosociale. Fra i fattori psicosociali bisogna considerare che l'imputato appartiene ad una cultura religiosa molto differente da quella presente in Italia. In aggiunta egli descrive accuratamente le indicazioni derivanti dalla sua religione e descrive una serie di comportamenti prescritti dalla stessa. Tra questi emerge la dedizione alla preghiera e l'abitudine di mettere in atto delle particolari condotte (truccarsi gli occhi). Per la sua cultura le offese più gravi sono quelle che coinvolgono la madre e riguardano l'omosessualità.”

⁴⁶⁴ Sartori durante l'intervista condotta da M. Mozzoni (*Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*), pubblicata su <http://www.brainfactor.it/?p=1356>, 1 novembre 2009.

(incapacità di mettersi nei panni altrui e ponderare i comportamenti socialmente accettabili), e difficoltà a carico delle funzioni mnestiche, hanno portato ad una diminuzione della capacità di intendere e di volere: l'imputato non ha potuto interpretare, a causa di questi disturbi, la situazione nella quale si trovava. Questi deficit non hanno però abolito né la capacità di intendere, né quella di volere⁴⁶⁵.

E' a questo punto chiaro il contributo che hanno apportato le neuroscienze nell'accertamento delle capacità di intendere e di volere del soggetto. Queste non hanno dimostrato in maniera insindacabile la presenza di una patologia, ma hanno fortificato i risultati già raggiunti con altri metodi, dotandoli di una maggiore certezza. Importanti sono a tal riguardo le stesse parole del prof. G. Sartori: "Riteniamo che le neuroscienze in psicopatologia forense rappresentino un utile complemento alla tradizionale diagnosi psichiatrica basata sul solo colloquio clinico e sui test. Le neuroscienze, infatti, permettono di aumentare il tasso di oggettività della valutazione psichiatrico-forense introducendo una descrizione più completa della sintomatologia e dei suoi correlati neurali e genetici".⁴⁶⁶

Nell'intervista condotta al prof. G. Sartori da M. Mozzoni, emerge un profilo particolarmente curioso. Il giornalista infatti, chiede al

⁴⁶⁵ Emerge da un test, del c.d. "impulso irresistibile": se ci fosse stato un poliziotto un poliziotto sulla scena del delitto l'imputato dichiara che non avrebbe fatto nulla. Questo dimostra il fatto che l'imputato sarebbe stato in grado di inibire i propri comportamenti di fronte al deterrente del poliziotto.

⁴⁶⁶ G. Sartori è stato intervistato da M. Mozzoni sull'argomento "sentenza di Trieste", in *Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*, online: www.brainfactor.it/?p=1356, continua così: "La sentenza ha valorizzato questa maggiore oggettività esplicitamente menzionando il miglioramento che le neuroscienze permettono di raggiungere nella diagnosi descrittiva della sintomatologia (test neuropsicologici), nello studio del correlato neurale della malattia mentale (MRI e fMRI) e nella diagnosi di natura (studio dei fattori di rischio psicosociale e genetico). La sentenza riconosce efficacia probatoria alle neuroscienze cognitive e molecolari segnalando come l'utilizzo di queste tecniche aumenti la certezza che ci si trovi di fronte ad una vera e propria infermità mentale. La prova è cioè più forte.. La sentenza è stata sicuramente favorita dalla particolarità del caso consistente nel fatto che la Corte d'Assise (primo grado) pur riconoscendo il vizio parziale di mente non aveva concesso la rituale riduzione della pena di 1/3. Questo era stato motivo di doglianza da parte del difensore nei suoi motivi d'appello e aveva indotto la Corte d'Assise d'Appello ad approfondire la questione disponendo una nuova perizia, quella che ci è stata affidata e della quale stiamo parlando."

professore “Se le caratteristiche strutturali e funzionali del cervello di una persona, così come il suo particolare corredo genetico, possono renderlo così “vulnerabile” a determinate situazioni stressanti dell’ambiente tanto da renderlo incline ad atti criminosi quali l’omicidio, e tutto questo viene preso in considerazione nella valutazione dei termini di pena nelle aule dei Tribunali, perché allora non effettuare degli screening precoci della popolazione allo scopo di prevenire il crimine prima che questo si compia?”⁴⁶⁷. Sartori, non ritiene possibile uno screening preliminare: non si è ancora in grado di prevedere un sintomo sulla base di un pattern neurale, nonostante al contrario sia possibile prevedere i correlati neurali di un sintomo. Non esiste alcun collegamento deterministico tra una certa variante genetica e la messa in atto di un comportamento antisociale: gli studi di genetica comportamentale indicano come la presenza di certe varianti alleliche può significativamente aumentare il rischio di una condotta riprovevole, ma si tratta sempre di “rischio”.⁴⁶⁸ Il soggetto risulterà sì statisticamente più vulnerabile, ma ciò non è né sufficiente né necessario perché il medesimo si ponga in un determinato modo, e quindi uno screening della popolazione non avrebbe alcuna ragion d’essere.⁴⁶⁹

5.4. La sentenza del Tribunale di Como (20 maggio 2011, n. 536)

⁴⁶⁷ E’ interessante qui rintracciare un riferimento a “*Minority Report*”, un film fantascientifico di Steven Spielberg ambientato nel 2054 a Washington, dove è stato messo a punto un sistema capace di prevenire i crimini e quindi di prevenirli (tre soggetti paranormali, detti *Precog*). In questo modo non viene punito il fatto (che non avviene), bensì l’intenzione di compierlo e che porterebbe a concretizzarlo: è un sistema delicato, osteggiato da molti, che però sembra funzionare senza intoppi.

⁴⁶⁸ E. FERESIN, *Lighter sentence for murderer with “bad genes”*, pubblicato online il 30 ottobre 2009, su *Nature* (<http://www.nature.com/news/2009/091030/full/news.2009.1050.html>): “90% of all murders are committed by people with a Y chromosome — males. Should we always give males a shorter sentence?” says Steve Jones, a geneticist at University College London. “I have low MAOA activity but I don’t go around attacking people.”

⁴⁶⁹ G. Sartori durante l’intervista condotta da M. Mozzoni (*Neuroscienze forensi: la sentenza di Trieste*), pubblicata su <http://www.brainfactor.it/?p=1356>, 1 novembre 2009

Il caso che porta alla sentenza del Tribunale di Como, riguarda una donna con un profilo psico-criminale particolarmente problematico: Stefania Albertani, la quale uccide sua sorella nel 2009 a Cirimido, in provincia di Como.

Le modalità dell'omicidio sono particolarmente inquietanti e fanno emergere già a prima vista il profilo psicologico profondamente instabile dell'imputata che utilizza modalità di esecuzione del piano criminoso poco logiche e razionali rispetto all'obiettivo da perseguire⁴⁷¹.

Essendo l'imputata la principale sospettata per la scomparsa della sorella, viene costantemente tenuta sotto controllo dalla polizia tramite intercettazioni ambientali. Proprio questo monitoraggio, permette alla polizia di arrivare tempestivamente sul luogo in cui S.A. tenta di uccidere la madre strangolandola con una cintura⁴⁷² e di arrestarla.⁴⁷³

La perizia e le consulenze tecniche di parte giungono a conclusioni tra loro profondamente divergenti: secondo l'accusa i disturbi istrionici non hanno inciso sulla capacità di intendere e di volere dell'imputata al momento del fatto⁴⁷⁴, mentre a parere della difesa l'imputata ha

⁴⁷⁰ Trib. Como, G.i.p., 20 maggio 2011, Albertani, in *Guida al diritto (online)*, 30 agosto 2011, con commento di P. MACIOCCHI, *G.i.p. di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, e in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 246 e ss. con nota di G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio di imputabilità*. Per un commento della sentenza vedi anche CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 110 ss. ; Si veda anche *Italian court reduces murder sentence based on neuroimaging data*, 1 settembre 2011, Online: http://blogs.nature.com/news/2011/09/italian_court_reduces_murder_s.html

⁴⁷¹ Dopo aver segregato in casa la sorella, la costringe ad assumere una consistente dose di psicofarmaci che ne provocano il decesso. Successivamente al decesso, dà fuoco al cadavere.

⁴⁷² A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 18

⁴⁷³ Dalle successive indagini, emerge che l'omicidio della sorella ed il tentato omicidio nei confronti della madre non sono gli unici reati commessi dall'Albertani, che aveva più volte agito con comportamenti totalmente irrazionali e violenti nei confronti della propria famiglia. Esempio lampante è il tentativo di far esplodere l'autovettura che utilizzavano i suoi genitori.

⁴⁷⁴ Questo infatti, pur avendo riscontrato disturbi istrionici della personalità e disturbi dissociativi di tipo isterico, ha escluso attraverso un'indagine poco accurata

agito sotto l'effetto di una condizione patologica di tipo psicotico che l'ha resa incapace di intendere e di volere.⁴⁷⁵

La prima consulenza tecnica della difesa viene fortemente criticata dal G.i.p. di Como: il profilo metodologico è definito "carente" in quanto basato solo su colloqui clinici senza l'ausilio di test psico-diagnostici e mancante di un fondato percorso logico-argomentativo.⁴⁷⁶

Anche il perito di ufficio dell'accusa, che ha fornito conclusioni di portata totalmente opposta, non si è dimostrato particolarmente professionale.⁴⁷⁷

Al contrario, sembrano convincenti le conclusioni della seconda consulenza tecnica della difesa⁴⁷⁸, che fa ricorso all'ausilio delle neuroscienze mediante i test della memoria auto-biografica I.A.T. e T.A.R.A. e mediante un'analisi morfo-funzionale del cervello per mezzo della risonanza magnetica funzionale, della morfometria e dell'EEG (elettroencefalogramma), da cui emergono delle alterazioni morfologiche nella densità della materia grigia in un'area del cervello preposta ad inibire il comportamento aggressivo.⁴⁷⁹

una possibile incidenza di tali disturbi su una partecipazione cosciente dell'imputata rispetto alle vicende vissute.

⁴⁷⁵ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 19

⁴⁷⁶ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>.

Nello specifico, il giudice ha criticato che: non sono stati somministrati alla perizianda i tradizionali test psicodiagnostici; è mancato un analitico esame clinico; l'anamnesi e la ricostruzione degli eventi sono state effettuate tendendo in considerazione solamente i racconti della paziente, tralasciando le evidenze processuali raccolte. Ancor più evidente risulta la poca affidabilità di tali conclusioni dal fatto che esse si riferiscono solamente allo stato mentale dell'Albertani al momento del tentato omicidio della madre, mentre nulla è stato detto in relazione agli altri episodi.

⁴⁷⁷ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>.

Questo infatti, pur avendo riscontrato disturbi istrionici della personalità e disturbi dissociativi di tipo isterico, ha escluso attraverso un'indagine poco accurata una possibile incidenza di tali disturbi su una partecipazione cosciente dell'imputata rispetto alle vicende vissute.

⁴⁷⁸ vedi M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2012, n. 3.

⁴⁷⁹ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>. Il

Sono state svolte anche delle indagini di genetica molecolare, che hanno portato a rintracciare nell'imputata la presenza di particolare alleli⁴⁸⁰, che nella letteratura internazionali vengono collegati ad un "maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento".

⁴⁸¹ In particolare un allele a bassa attività per il gene MAOA, fattore che è stato legato ad un comportamento violento.⁴⁸²

Alla luce di ciò, il G.i.p. di Como condanna Stefania a venti anni di reclusione⁴⁸³, riconoscendole un vizio parziale di mente⁴⁸⁴.

Questa decisione è stata presa dal giudice rifacendosi alle tecniche neuroscientifiche che sono state utilizzate all'interno del processo, che seppur non ritenute "prova regina", sono riconosciute come un valido strumento di *corroboration* in grado di dare una più sicura ed oggettiva risultanza diagnostica.⁴⁸⁵ Questo vuol dire che le neuroscienze non sostituiscono la valutazione comportamentale e

giudice apprezza questa seconda consulenza della difesa per la "particolare completezza degli accertamenti, la valutazione rigorosa del materiale probatorio, la raccolta e la verifica dei dati di anamnesi [...] elementi che comprovano la serietà e la professionalità del lavoro svolto".

⁴⁸⁰ Ne sono stati rinvenuti tre.

⁴⁸¹ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 19 : In definitiva : "sia le emergenze psichiatriche, completate dalle risultanze dell'*imaging* cerebrale e di genetica molecolare, che quelle processuali, consentono di rilevare gravi segni di disfunzionalità psichica, eterogenei ma convergenti nell'indicare un nesso causale tra i disturbi dell'imputata ed i suoi comportamenti illeciti".

⁴⁸² P. MARCHETTI, in *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e giustizia*, 2013, n. 2. Online: http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/anno%20XIII%20n_2/Marchetti_it.pdf

⁴⁸³ Essendo stato condotto un rito abbreviato la pena massima era stata diminuita dall'ergastolo a 30 anni, e in più bisogna considerare l'ulteriore riduzione ex art. 89 c.p.

⁴⁸⁴ Art. 89 c.p. : "Chi nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita."

⁴⁸⁵ Si legge nelle motivazioni: "non si tratta, dunque, di introdurre una rivoluzione copernicana in tema di accertamento, valutazione e diagnosi delle malattie mentali, né tantomeno di introdurre criteri deterministici da cui inferire automaticamente che ad una certa alterazione morfologica del cervello conseguono certi comportamenti e non altri, bensì di far tesoro delle condivise acquisizioni in tema di morfologia cerebrale e assetto genetico, alla ricerca di possibili correlazioni tra le anomalie di certe aree sensibili del cervello, ed il rischio, ad esempio, di sviluppare comportamenti aggressivi o di discontrollo dell'impulsività, oppure tra la presenza di determinati alleli di geni ed il rischio di maggiore vulnerabilità allo sviluppo di comportamenti socialmente inaccettabili perché più esposti all'effetto di fattori ambientali stressogeni".

clinica, ma sono piuttosto in grado di procurare una base oggettiva⁴⁸⁶, anche se non di per sé autonoma, al sapere psichiatrico che ormai è collocato tra le c.d. scienze “deboli”, ovvero incapaci di procurare evidenze inconfutabili ai giudici.⁴⁸⁷

Risulta quindi evidente che la decisione del G.i.p. di Como non è stata svolta solamente su accertamenti psichiatrici tradizionali, ma anche su indagini neuroscientifiche e genetiche, e questo è uno dei primi casi in Italia che testimonia il recente processo di ingresso delle metodologie di accertamento neuroscientifiche all’interno dell’ambito forense.⁴⁸⁸ E’ evidente da questa decisione come le indagini neuroscientifiche abbiano avuto la meglio sulle indagini psichiche tradizionali.⁴⁸⁹

Soddisfatto della vittoria, il difensore Guglielmo Gulotta⁴⁹⁰ : “Si tratta del primo riconoscimento in Italia e uno dei primi al mondo in cui le neuroscienze vengono utilizzate per vagliare l’imputabilità basandosi anche sui risultati della risonanza magnetica funzionale”. Si dà quindi il via libera all’ingresso nelle aule di queste nuove tecnologie che, come statuito nella sentenza, offrono validi suggerimenti su ciò che può essere considerato come prova all’interno del processo

⁴⁸⁶ Vedi anche M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2012, n. 3.

⁴⁸⁷ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 20

⁴⁸⁸ E’ interessante notare come Calvi in CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova, 1967, p. 626-227, anticipa alcuni punti del dibattito attuale sull’apporto processuale delle neuroscienze “L’individuo “aggressivo” per anomalia caratteriologica, per “esplosività” difficilmente controllabile, si pone (...) al limite tra imputabilità e irresponsabilità, tra dubbia colpevolezza e quasi conclamata pericolosità. Siamo convinti che la criminologia contemporanea possa avallare queste affermazioni. Siamo convinti anzi che i moderni procedimenti diagnostici, e in ispecie la tecnica dell’EEG, finiranno per concedere a Cesare Lombroso una clamorosa rivincita su facili appunti che, fermi al particolare, troppo spesso trascurano il valore universale di prima, feconda intuizione. Il “tipo” criminologico normativo in discorso dovrebbe qualificare, sempre in esito a perizi obbligatoria, l’autore di reati che ledano comunque, dolosamente, il patrimonio biofisico della persona”.

⁴⁸⁹ P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, in *Guida al diritto*. Online: <http://www.masterscienczecriminologiche.it/news/Gip%20di%20Como%20-%20Le%20neuroscienze%20entrano%20e%20vincono%20in%20tribunale.pdf>

⁴⁹⁰ Oltre ad essere difensore dell’omicida è anche ordinario di psicologia giuridica all’università di Torino.

penale.⁴⁹¹ Bisogna sempre tener conto del fatto che questo è reso possibile dal dettato dell'art. 189 del codice di procedura penale.⁴⁹²

E' da segnalare anche che il G.i.p. nel caso di specie riprende dei suggerimenti contenuti nella sentenza Raso riguardanti il rapporto tra il giudice e l'esperto nel vaglio dell'imputabilità⁴⁹³.

La Sentenza di Como apre quindi il campo a profonde riflessioni, così come lo aveva fatto nel 2009 la sentenza di Trieste.⁴⁹⁴

5.3. La sentenza del Tribunale di Cremona (19 luglio 2011, n. 109)

495

Nella sentenza di Cremona, non si tratta di rinvenire delle prove di inimputabilità per infermità di mente, ma di prove di memoria cerebrale per accertare la realizzazione di una condotta di violenza sessuale.⁴⁹⁶

Una ragazza, stagista all'interno di un progetto di formazione, accusa il commercialista al quale è stata affidata, di avere abusato sessualmente di lei approfittando della sua posizione.

Il G.i.p, a fronte di una situazione di impasse probatoria, dispone una

⁴⁹¹ P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, in *Guida al diritto*

⁴⁹² Art. 189 c.p.p. : “Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”. In ogni caso si deve trattare di prove non vietate dalla legge.

⁴⁹³ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*. : “a fronte della progressiva espansione delle aree di discrezionalità e di incertezza del sapere psichiatrico, il giudice dovrà sottoporre ad un vaglio particolarmente rigoroso le emergenze psichiatriche, facendo un uso particolarmente avveduto e controllato delle categorie strettamente penalistiche, per poi procedere ad una verifica finale della forza persuasiva delle conclusioni psichiatriche, anche e soprattutto in ragione della loro possibile armonizzazione con le emergenze processuali”.

⁴⁹⁴ M. MOZZONI, *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Como*, 7 settembre 2011, Brainfactor (testata registrata al tribunale di Milano n. 538 del 18 settembre 2008; direttore responsabile: M. Mozzoni). Online: <http://www.brainfactor.it/?p=1636>

⁴⁹⁵ Trib. Cremona, G.i.p., 19 luglio 2011, n. 109, Serventi. Si veda A. CORDA, *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 20

⁴⁹⁶ M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2012, n.3

perizia tesa a valutare la validità delle dichiarazioni della ragazza in merito alla violenza sessuale subita e affida tale compito a due esperti neuroscienziati che ricorrono ai metodi innovativi di a-I.A.T.⁴⁹⁷ e T.A.R.A.^{498 499}, rappresentando uno dei primi casi in Italia di utilizzo di queste tecniche.⁵⁰⁰ Il metodo di azione di tali metodologie consiste nel dimostrare l'esistenza di un ricordo che ha idoneità lesiva ed è congruente con il sintomo post-traumatico che viene lamentato dalla persona offesa.

Nella sentenza il G.i.p. sottolinea: "tali metodologie nulla hanno a che vedere con gli antiquati tentativi di verificare la "sincerità" di un soggetto tramite lie detectors o poligrafi, strumenti che pretenderebbero di fondare la valutazione su grossolani sintomi psicofisici del periziando".⁵⁰¹ L'esperimento "ha dimostrato l'esistenza di un ricordo che risulta avere idoneità lesiva ed è congruente con il sintomo post-traumatico lamentato dalla persona offesa". Le motivazioni proseguono nel seguente modo: "l'esame strumentale del ricordo autobiografico permette di identificare come proprio e

⁴⁹⁷ *Implicit Association Test*.

⁴⁹⁸ *Time Antagonistic Response*.

⁴⁹⁹ Si tratta di tecniche diagnostiche che, come riferito dal giudice nella sentenza, "si basano su una valutazione del contenuto della memoria fondata sui tempi di reazione in risposta a frasi che descrivono l'evento autobiografico oggetto della verifica".

⁵⁰⁰ La metodologia I.A.T. è stata utilizzata per la prima volta in un processo "satellite" riguardante il delitto di Cogne (processo c.d. "Cogne-bis"). In tale processo Anna Maria Franzoni era accusata di aver calunniato un vicino di casa, etichettandolo come il possibile autore dell'omicidio del figlio.

⁵⁰¹ Nella sentenza si legge ancora: "lo I.A.T. e il T.A.R.A. sono procedure che, sulla base dei tempi di reazione arrivano a verificare l'esistenza all'interno del soggetto di un'informazione, in pratica di un ricorso e di quello specifico ricordo esistente come tale nella sua mente. Dalla rapidità e accuratezza della risposta si ricava quale sia il ricordo "naturale" che si è impresso. Il ricordo "naturale", definito "compatibile", ha tempi di reazione rapidi, mentre un allungamento dei tempi di reazione e un aumento degli errori rifletteranno il fatto che il soggetto ha dovuto superare un conflitto cognitivo, cioè dare una risposta che non è consona al suo ricordo. Va sottolineato che l'analisi delle risposte non si basa su interpretazioni soggettive, cioè sull'abilità del perito, ma su analisi algoritmiche e computerizzate e di conseguenza qualunque altro consulente chiamato, anche in un secondo tempo, a valutare i risultati, giungerà alle medesime conclusioni. (...) Indubbiamente i test I.A.T. e T.A.R.A. non provano di per sé la verità storica di un fatto, ma hanno il compito più limitato di far emergere, grazie ad una metodologia scientifica e controllabile e non in base ad apprezzamenti soggettivi, quale sia il "ricordo" cioè la "verità" propria di un soggetto in merito a un determinato fatto".

“naturale” il ricordo corrispondente a quello descritto nell’accusa e costituisce una conferma delle prove narrative che erano state raccolte nel corso dell’indagine”.⁵⁰²

Il giudice afferma, sotto il punto di vista metodologico, che le tecniche utilizzate dai periti rispondono ai criteri della sentenza Daubert riguardo l’ammissibilità della prova scientifica⁵⁰³, e anche ai criteri elaborati successivamente⁵⁰⁴ dalla Corte di Cassazione nel 2010 nella sentenza Cozzini.⁵⁰⁵

Il processo si conclude qui con la condanna a carico dell’imputato, la cui colpevolezza è stata accertata proprio grazie alle tecniche neuroscientifiche di valutazione del ricordo autobiografico.⁵⁰⁶ I risultati della perizia neuroscientifica hanno convinto il giudice al di là di ogni ragionevole dubbio della colpevolezza dell’imputato, in quanto coerenti sia con i test psicodiagnostici, sia con le risultanze processuali. Infatti nella sentenza si legge “premesso che né lo I.A.T., né il T.A.R.A., ovviamente, hanno finalità accusatorie ma sono strumenti “neutri”, i risultati della perizia, letti nel contesto generale del processo, hanno offerto un esito di conferma delle dichiarazioni della persona offesa.”⁵⁰⁷

5.4. La sentenza del Tribunale di Como (20 maggio 2011, n. 536)

⁵⁰² A. CORDA, *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 21

⁵⁰³ “soddisfano i criteri fissati dalla nota sentenza Daubert della Corte Suprema statunitense in tema di ammissibilità della prova scientifica: precedenti verifiche e cioè falsificabilità della teoria in senso popperiano e quindi resistenza del metodo a tentativi di smentita, controllo dei lavori pubblicati da parte di revisori qualificati “peer review”, accettabilità dei limiti di errore, accoglimento da parte della comunità scientifica”.

⁵⁰⁴ “altri criteri di giudizio affinati in seguito, quali la “statura scientifica dei consulenti, l’impiego precedente delle tecniche in ambiti forensi, l’esclusione di margini di “soggettività” nella lettura e nell’interpretazione dei risultati, la chiarezza e la semplicità della metodologia usata”

⁵⁰⁵ Cass., sez. IV pen., 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 1341 e ss.

⁵⁰⁶ A. CORDA, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, p. 22

⁵⁰⁷ M. BERTOLINO, *L’imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista italiana di Medicina Legale*, 2012, n.3

Il caso che porta alla sentenza del Tribunale di Como, riguarda una donna con un profilo psico-criminale particolarmente problematico: Stefania Albertani, la quale uccide sua sorella nel 2009 a Cirimido, in provincia di Como.

Le modalità dell'omicidio sono particolarmente inquietanti e fanno emergere già a prima vista il profilo psicologico profondamente instabile dell'imputata che utilizza modalità di esecuzione del piano criminoso poco logiche e razionali rispetto all'obiettivo da perseguire⁵⁰⁹.

Essendo l'imputata la principale sospettata per la scomparsa della sorella, viene costantemente tenuta sotto controllo dalla polizia tramite intercettazioni ambientali. Proprio questo monitoraggio, permette alla polizia di arrivare tempestivamente sul luogo in cui S.A. tenta di uccidere la madre strangolandola con una cintura⁵¹⁰ e di arrestarla.⁵¹¹

La perizia e le consulenze tecniche di parte giungono a conclusioni tra loro profondamente divergenti: secondo l'accusa i disturbi istrionici non hanno inciso sulla capacità di intendere e di volere dell'imputata al momento del fatto⁵¹², mentre a parere della difesa l'imputata ha

⁵⁰⁸ Trib. Como, G.i.p., 20 maggio 2011, Albertani, in *Guida al diritto (online)*, 30 agosto 2011, con commento di P. MACIOCCHI, *G.i.p. di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, e in *Riv. It. Med. Leg.*, 2012, 246 e ss. con nota di G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della prova (neuro)scientifica nel giudizio di imputabilità*. Per un commento della sentenza vedi anche CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 110 ss. ; Si veda anche *Italian court reduces murder sentence based on neuroimaging data*, 1 settembre 2011, Online: http://blogs.nature.com/news/2011/09/italian_court_reduces_murder_s.html

⁵⁰⁹ Dopo aver segregato in casa la sorella, la costringe ad assumere una consistente dose di psicofarmaci che ne provocano il decesso. Successivamente al decesso, dà fuoco al cadavere.

⁵¹⁰ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 18

⁵¹¹ Dalle successive indagini, emerge che l'omicidio della sorella ed il tentato omicidio nei confronti della madre non sono gli unici reati commessi dall'Albertani, che aveva più volte agito con comportamenti totalmente irrazionali e violenti nei confronti della propria famiglia. Esempio lampante è il tentativo di far esplodere l'autovettura che utilizzavano i suoi genitori.

⁵¹² Questo infatti, pur avendo riscontrato disturbi istrionici della personalità e disturbi dissociativi di tipo isterico, ha escluso attraverso un'indagine poco accurata

agito sotto l'effetto di una condizione patologica di tipo psicotico che l'ha resa incapace di intendere e di volere.⁵¹³

La prima consulenza tecnica della difesa viene fortemente criticata dal G.i.p. di Como: il profilo metodologico è definito "carente" in quanto basato solo su colloqui clinici senza l'ausilio di test psico-diagnostici e mancante di un fondato percorso logico-argomentativo.⁵¹⁴

Anche il perito di ufficio dell'accusa, che ha fornito conclusioni di portata totalmente opposta, non si è dimostrato particolarmente professionale.⁵¹⁵

Al contrario, sembrano convincenti le conclusioni della seconda consulenza tecnica della difesa⁵¹⁶, che fa ricorso all'ausilio delle neuroscienze mediante i test della memoria auto-biografica I.A.T. e T.A.R.A. e mediante un'analisi morfo-funzionale del cervello per mezzo della risonanza magnetica funzionale, della morfometria e dell'EEG (elettroencefalogramma), da cui emergono delle alterazioni morfologiche nella densità della materia grigia in un'area del cervello preposta ad inibire il comportamento aggressivo.⁵¹⁷

una possibile incidenza di tali disturbi su una partecipazione cosciente dell'imputata rispetto alle vicende vissute.

⁵¹³ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 19

⁵¹⁴ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>.

Nello specifico, il giudice ha criticato che: non sono stati somministrati alla perizianda i tradizionali test psicodiagnostici; è mancato un analitico esame clinico; l'anamnesi e la ricostruzione degli eventi sono state effettuate tendendo in considerazione solamente i racconti della paziente, tralasciando le evidenze processuali raccolte. Ancor più evidente risulta la poca affidabilità di tali conclusioni dal fatto che esse si riferiscono solamente allo stato mentale dell'Albertani al momento del tentato omicidio della madre, mentre nulla è stato detto in relazione agli altri episodi.

⁵¹⁵ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>.

Questo infatti, pur avendo riscontrato disturbi istrionici della personalità e disturbi dissociativi di tipo isterico, ha escluso attraverso un'indagine poco accurata una possibile incidenza di tali disturbi su una partecipazione cosciente dell'imputata rispetto alle vicende vissute.

⁵¹⁶ vedi M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2012, n. 3.

⁵¹⁷ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*, online: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Collica%20-%20Neuroscienze.pdf>. Il

Sono state svolte anche delle indagini di genetica molecolare, che hanno portato a rintracciare nell'imputata la presenza di particolare alleli⁵¹⁸, che nella letteratura internazionali vengono collegati ad un "maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento".

⁵¹⁹ In particolare un allele a bassa attività per il gene MAOA, fattore che è stato legato ad un comportamento violento.⁵²⁰

Alla luce di ciò, il G.i.p. di Como condanna Stefania a venti anni di reclusione⁵²¹, riconoscendole un vizio parziale di mente⁵²².

Questa decisione è stata presa dal giudice rifacendosi alle tecniche neuroscientifiche che sono state utilizzate all'interno del processo, che seppur non ritenute "prova regina", sono riconosciute come un valido strumento di *corroboration* in grado di dare una più sicura ed oggettiva risultanza diagnostica.⁵²³ Questo vuol dire che le neuroscienze non sostituiscono la valutazione comportamentale e

giudice apprezza questa seconda consulenza della difesa per la "particolare completezza degli accertamenti, la valutazione rigorosa del materiale probatorio, la raccolta e la verifica dei dati di anamnesi [...] elementi che comprovano la serietà e la professionalità del lavoro svolto".

⁵¹⁸ Ne sono stati rinvenuti tre.

⁵¹⁹ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 19 : In definitiva : "sia le emergenze psichiatriche, completate dalle risultanze dell'*imaging* cerebrale e di genetica molecolare, che quelle processuali, consentono di rilevare gravi segni di disfunzionalità psichica, eterogenei ma convergenti nell'indicare un nesso causale tra i disturbi dell'imputata ed i suoi comportamenti illeciti".

⁵²⁰ P. MARCHETTI, in *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e giustizia*, 2013, n. 2. Online: http://www.psicologiagiuridica.com/pub/docs/anno%20XIII%20n_2/Marchetti_it.pdf

⁵²¹ Essendo stato condotto un rito abbreviato la pena massima era stata diminuita dall'ergastolo a 30 anni, e in più bisogna considerare l'ulteriore riduzione ex art. 89 c.p.

⁵²² Art. 89 c.p. : "Chi nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita."

⁵²³ Si legge nelle motivazioni: "non si tratta, dunque, di introdurre una rivoluzione copernicana in tema di accertamento, valutazione e diagnosi delle malattie mentali, né tantomeno di introdurre criteri deterministici da cui inferire automaticamente che ad una certa alterazione morfologica del cervello conseguono certi comportamenti e non altri, bensì di far tesoro delle condivise acquisizioni in tema di morfologia cerebrale e assetto genetico, alla ricerca di possibili correlazioni tra le anomalie di certe aree sensibili del cervello, ed il rischio, ad esempio, di sviluppare comportamenti aggressivi o di discontrollo dell'impulsività, oppure tra la presenza di determinati alleli di geni ed il rischio di maggiore vulnerabilità allo sviluppo di comportamenti socialmente inaccettabili perché più esposti all'effetto di fattori ambientali stressogeni".

clinica, ma sono piuttosto in grado di procurare una base oggettiva⁵²⁴, anche se non di per sé autonoma, al sapere psichiatrico che ormai è collocato tra le c.d. scienze “deboli”, ovvero incapaci di procurare evidenze inconfutabili ai giudici.⁵²⁵

Risulta quindi evidente che la decisione del G.i.p. di Como non è stata svolta solamente su accertamenti psichiatrici tradizionali, ma anche su indagini neuroscientifiche e genetiche, e questo è uno dei primi casi in Italia che testimonia il recente processo di ingresso delle metodologie di accertamento neuroscientifiche all’interno dell’ambito forense.⁵²⁶ E’ evidente da questa decisione come le indagini neuroscientifiche abbiano avuto la meglio sulle indagini psichiche tradizionali.⁵²⁷

Soddisfatto della vittoria, il difensore Guglielmo Gulotta⁵²⁸ : “Si tratta del primo riconoscimento in Italia e uno dei primi al mondo in cui le neuroscienze vengono utilizzate per vagliare l’imputabilità basandosi anche sui risultati della risonanza magnetica funzionale”. Si dà quindi il via libera all’ingresso nelle aule di queste nuove tecnologie che, come statuito nella sentenza, offrono validi suggerimenti su ciò che può essere considerato come prova all’interno del processo

⁵²⁴ Vedi anche M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2012, n. 3.

⁵²⁵ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 20

⁵²⁶ E’ interessante notare come Calvi in CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova, 1967, p. 626-227, anticipa alcuni punti del dibattito attuale sull’apporto processuale delle neuroscienze “L’individuo “aggressivo” per anomalia caratteriologica, per “esplosività” difficilmente controllabile, si pone (...) al limite tra imputabilità e irresponsabilità, tra dubbia colpevolezza e quasi conclamata pericolosità. Siamo convinti che la criminologia contemporanea possa avallare queste affermazioni. Siamo convinti anzi che i moderni procedimenti diagnostici, e in ispecie la tecnica dell’EEG, finiranno per concedere a Cesare Lombroso una clamorosa rivincita su facili appunti che, fermi al particolare, troppo spesso trascurano il valore universale di prima, feconda intuizione. Il “tipo” criminologico normativo in discorso dovrebbe qualificare, sempre in esito a perizi obbligatoria, l’autore di reati che ledano comunque, dolosamente, il patrimonio biofisico della persona”.

⁵²⁷ P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, in *Guida al diritto*. Online: <http://www.masterscienczecriminologiche.it/news/Gip%20di%20Como%20-%20Le%20neuroscienze%20entrano%20e%20vincono%20in%20tribunale.pdf>

⁵²⁸ Oltre ad essere difensore dell’omicida è anche ordinario di psicologia giuridica all’università di Torino.

penale.⁵²⁹ Bisogna sempre tener conto del fatto che questo è reso possibile dal dettato dell'art. 189 del codice di procedura penale.⁵³⁰

E' da segnalare anche che il G.i.p. nel caso di specie riprende dei suggerimenti contenuti nella sentenza Raso riguardanti il rapporto tra il giudice e l'esperto nel vaglio dell'imputabilità⁵³¹.

La Sentenza di Como apre quindi il campo a profonde riflessioni, così come lo aveva fatto nel 2009 la sentenza di Trieste.⁵³²

5.5 La sentenza del Tribunale di Venezia (24 gennaio 2013, n. 296)

533

Tale vicenda riguarda l'arresto del pediatra di una scuola elementare, che viene colto in flagranza nell'atto di abusare di una minore. Successivamente all'arresto, egli confessa di aver molestato altri sei bambini di età inferiore ai dieci anni.⁵³⁴

Durante il giudizio, anche qui la difesa invoca la nomina di alcuni neuroscienziati in qualità di consulenti di parte.

Il compito affidato a tali consulenti dalla difesa, è quello di dimostrare

⁵²⁹ P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*, in *Guida al diritto*

⁵³⁰ Art. 189 c.p.p. : “Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova”. In ogni caso si deve trattare di prove non vietate dalla legge.

⁵³¹ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Diritto penale contemporaneo*. : “a fronte della progressiva espansione delle aree di discrezionalità e di incertezza del sapere psichiatrico, il giudice dovrà sottoporre ad un vaglio particolarmente rigoroso le emergenze psichiatriche, facendo un uso particolarmente avveduto e controllato delle categorie strettamente penalistiche, per poi procedere ad una verifica finale della forza persuasiva delle conclusioni psichiatriche, anche e soprattutto in ragione della loro possibile armonizzazione con le emergenze processuali”.

⁵³² M. MOZZONI, *Neuroscienze in tribunale: la sentenza di Como*, 7 settembre 2011, Brainfactor (testata registrata al tribunale di Milano n. 538 del 18 settembre 2008; direttore responsabile: M. Mozzoni). Online: <http://www.brainfactor.it/?p=1636>

⁵³³ Trib. Venezia, G.i.p., 24 gennaio 2013, n. 296, Mattiello, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2013, 1905 e ss. con nota di ALGERI, *Accertamenti neuroscientifici, infermità mentale e credibilità delle dichiarazioni*.

⁵³⁴ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 22

mediante tecniche neuroscientifiche che l'impulso pedofilo dell'imputato sarebbe stato una diretta conseguenza della pressione esercitata da una formazione tumorale sull'ipotalamo. Una tale pressione avrebbe totalmente scemato la capacità di intendere e di volere dell'imputato.

L'imputato viene quindi sottoposto a colloqui clinici, alla somministrazione di test neuropsicologici, in particolare a risonanza magnetica.

La risonanza magnetica evidenzia la presenza di una grave malattia cerebrale: una forma tumorale detta "cordoma del clivus"⁵³⁵. Tale formazione secondo i consulenti della difesa, sarebbe stata fonte di una compressione dell'ipotalamo, area cerebrale deputata al controllo degli stati emotivi e del comportamento sessuale. La diretta responsabile della carenza cognitiva⁵³⁶ e comportamentale⁵³⁷ che ha portato l'imputato ad assumere un "impulso pedofilo" sarebbe quindi la compressione dell'ipotalamo provocata dal tumore sull'area della corteccia obifrontale.⁵³⁸

A sostegno di ciò i neuropsichiatri della difesa richiamano due studi della letteratura scientifica internazionale: la modificazione dell'orientamento sessuale di un soggetto di sesso maschile a seguito di un ictus all'emisfero destro, e la comparsa di un impulso pedofilo in un soggetto di sesso maschile successivamente alla nascita di un tumore cerebrale che comprimeva il lobo frontale destro.⁵³⁹

E' questo secondo caso che risulta essere più interessante, soprattutto per gli esiti: a seguito dell'asportazione chirurgica della massa tumorale, il soggetto ha perso ogni impulso pedofilo e non ha più

⁵³⁵ Una formazione tumorale che in seguito ha reso necessario un intervento chirurgico per rimuoverla.

⁵³⁶ In particolare deficit di senso morale, deficit di percezione del rischio e deficit di senso inibitorio.

⁵³⁷ Manifestatasi soprattutto con l'orientamento pedofilo.

⁵³⁸ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 22

⁵³⁹ Vedi JAWAD et al., *Altered sexual orientation following dominant hemisphere infarct*, in 21(3) *J. Neuropsychiatry Clin. Neurosci.*, 2009, pp. 353-354 per il primo esempio richiamato, e BURNS-SHELDON, *Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign* in 60(3) *Arch. Neurol.*, 2003 p. 437-440.

presentato anomalie nel comportamento, come sarebbe avvenuto nel caso dell'imputato.⁵⁴⁰

Gli esperti della difesa utilizzano poi l'a-I.A.T. per identificare un ricordo nella memoria autobiografica del soggetto imputato. Questo test conferma la versione dell'imputato, che davanti al G.i.p. durante l'interrogatorio aveva collegato il periodo in cui sentiva l'irrefrenabile impulso pedofilo⁵⁴¹, con il periodo durante in quale la massa tumorale aveva raggiunto una massa tale da provocare la compressione sull'area della corteccia obifrontale.

Alla luce di ciò la difesa chiede l'assoluzione dell'imputato perché ritenuto incapace di intendere e di volere al momento della realizzazione del fatto di reato, o in subordine, il riconoscimento del vizio parziale di mente.⁵⁴²

Al contrario, la perizia condotta dal giudice smentisce le conclusioni ottenute dai consulenti della difesa.

Le risultanze dei periti della difesa, testimoniano infatti che la regione interessata dalla neoplasia non sarebbe quella orbito-frontale, ma quella medio-inferiore del tronco encefalico. Inoltre i periti ritengono che la formazione tumorale possa aver provocato alcune conseguenze di natura psichiatrica⁵⁴³ e alterato la percezione del rischio, ma non la percezione riguardante il disvalore dei fatti compiuti.

Il giudice, di fronte a queste due discordanti conclusioni, decide di conformare la sua decisione a quella dei periti da lui stesso designati e ritiene di dover giustificare le motivazioni che l'hanno portato a rigettare le tesi della difesa in materia dell'imputabilità del soggetto processato.

A parer del giudice, non sarebbe sufficientemente affidabile né la

⁵⁴⁰ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 23

⁵⁴¹ Sul tema, FORNARI, *Irresistibile impulso e responsabilità penale: aspetti normativi*, in *Riv. Sper. Fren.*, 1988, p. 43 e ss.

⁵⁴² A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 23.

⁵⁴³ Ad es. il pianto spastico e le alterazioni visive.

presunta correlazione⁵⁴⁴ tra una patologia di carattere organico e l'orientamento sessuale pedofilo (in quanto trova riscontro in un numero di casi assai limitato⁵⁴⁵), né le risultanze ottenute dalla sottoesposizione dell'imputato all'*autobiographical I.A.T.* (che risulta essere una metodologia ancora sperimentale⁵⁴⁶).

In ragione di ciò, il Tribunale ritiene che “non possa ritenersi sufficientemente provato il prospettato nesso di derivazione causale tra il cordoma ed il comportamento pedofilo”, utilizzando motivazioni che si rifanno espressamente ad alcuni passaggi della sentenza Cozzini.⁵⁴⁷

Il giudice afferma la capacità di intendere e di volere dell'imputato ed emette nei confronti dell'imputato una sentenza di condanna. Risulta fondamentale il rilievo che la dottrina scientifica sia concorde nel non ritenere la pedofilia “di per sé considerata”, come un'ipotesi di infermità rilevante in sede di giudizio di imputabilità.⁵⁴⁸

6. Tecniche neuroscientifiche

⁵⁴⁴ Definita come “un'ipotesi (alquanto suggestiva) che può essere proposta in via sperimentale ma che non trova allo stato conferme nel patrimonio condiviso della comunità scientifica di riferimento”.

⁵⁴⁵ Ciò emerge da una completa rassegna della letteratura scientifica internazionale, mentre la difesa cita solamente due studi.

⁵⁴⁶ Finora ha avuto un'applicazione limitata in ambito giudiziario, ed in quanto ancora in fase “sperimentale” i suoi risultati non possono essere ritenuti indiscutibili. Non si può infatti escludere che il ricordo sia condizionato da suggestioni, o autoconvincimenti, soprattutto quando viene interpellato dopo un considerevole lasso di tempo e in una situazione di particolare apprensione da parte del sottoposto al test dell'a-I.A.T., in quanto imputato in un procedimento penale.

⁵⁴⁷ “per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi, sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica (...) dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista ancora una teoria sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative e attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso”.

⁵⁴⁸ A. CORDA, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, p. 24.

Ricercatori di diverse parti del mondo⁵⁴⁹, e anche italiani⁵⁵⁰, si stanno sempre più interessando all'impatto che le neuroscienze possono avere nell'ambito giuridico.

Il tipo di accertamento empirico permesso dalle neuroscienze, consente infatti di studiare quanto sia autodeterminata la volizione, e quanto sia invece condizionata dall'attività cerebrale, dalla struttura neurologica o dal patrimonio genetico dell'individuo.⁵⁵¹

Questo ambito del sapere sta influenzando entrando in maniera sempre più significativa nell'esperienza dei Tribunali italiani, tanto che non si è esitato a coniare l'apposita espressione di "neuroscienze forensi".⁵⁵²

Scoprire la correlazione tra determinate aree cerebrali e l'insorgenza di condotte impulsive, violente, o comunque anti-sociali, può aiutare a rilevare le disfunzioni cerebrali che ostacolano l'adempimento di un determinato modo di agire o che favoriscono esiti disturbati. Essendo questo accertamento strettamente collegato con l'incapacità di intendere e di volere⁵⁵³, e con la conseguente esclusione della punibilità per il soggetto affetto da tale menomazione all'interno del

⁵⁴⁹ Gli USA sono tra i territori più fertili sotto questo punto di vista. Sin dal 2000 negli Stati Uniti all'interno delle "law reviews" si possono rintracciare riferimenti alle neuroscienze. E' da segnalare anche il progetto "Legge e Neuroscienza" e il "Network per la ricerca sulla legge e le neuroscienze, ad opera della fondazione "John D. and Catherine T. MacArthur", al quale hanno preso parte molteplici scienziati, professori e giudici provenienti da tutti gli Stati uniti.

⁵⁵⁰ Cfr. E.PICOZZA-L. CAPRARO-V- CUZZOCREA-D. TERRACINA (a cura di), *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011; A. BIANCHI-G. GULLOTTA-G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009; G. GULLOTTA, *Psicoanalisi e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 2005; A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis, Pavia, 2009.

⁵⁵¹ L. D'AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p.16

⁵⁵² M. CESARINI, *Le scienze forensi incontrano le neuroscienze*, in *Scienze forensi*, anno 4, n. 4, dicembre 2013.

⁵⁵³ E' bene ricordare come secondo il codice penale (art. 85), l'imputabilità è la "capacità di intendere e di volere" e si pone alla base del riconoscimento della responsabilità del fatto illecito. Inoltre, la capacità di intendere e di volere non deve mancare nella maniera più assoluta per avere delle conseguenze dal punto di vista sanzionatorio, ma basta anche che sia grandemente scemata. In questo caso la pena non sarà inapplicabile, ma verrà interessata da una riduzione quantitativa.

nostro ordinamento penale (come anche della maggior parte degli ordinamenti occidentali), gli strumenti neuroscientifici possono essere considerati come una base per l'individuazione, con riflessi sul piano della prova, di una determinata situazione psichica.⁵⁵⁴

L'ingresso delle tecniche neuroscientifiche nel mondo penale è sempre più frequente⁵⁵⁵ ed è senza dubbio destinato a rivoluzionare la scienza forense.⁵⁵⁶ E J. Greene e J. Cohen si esprimono in questo senso, sottolineando come le tecnologie neuroscientifiche incideranno sul diritto, perché stravolgono il significato ed i limiti della responsabilità e del libero arbitrio, così come tradizionalmente percepiti e teorizzate.⁵⁵⁷

Le prime tracce, seppur non nel modo in cui le intendiamo noi oggi, sono rintracciabili negli Stati Uniti⁵⁵⁸ degli anni Ottanta, quando nel caso "*Ake vs. Oklahoma*" la Corte Suprema impose agli stati di dispensare assistenza psichiatrica alla difesa, laddove fosse stata sollevata una questione sulla salute mentale. Questa assistenza secondo le tesi difensive avrebbe dovuto consistere in una complessiva valutazione neurologica comprendente PET, EEG, MEG

⁵⁵⁴ L. D'AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, pp.16-17

⁵⁵⁵ Ibidem.

⁵⁵⁶ M. CESARINI, *Le scienze forensi incontrano le neuroscienze*, in *Scienze forensi*, anno 4, n. 4, dicembre 2013.

⁵⁵⁷ J. GREENE-J. COHEN, *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in "Phil. Trans. R. Soc. Lond. B", 2004, 359 pp. 1175-1785 citato in A. SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in ID. (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, cit., p. 16 : "Per la legge, la neuroscienza cambia tutto e nulla: il libero arbitrio, come lo intendiamo noi oggi, è una illusione generata dalla nostra architettura cognitiva. La nozione retributiva di responsabilità dipende in ultima analisi da questa illusione e, se siamo fortunati, lascerà strada alla nozione consequenzialista, trasformando così radicalmente il nostro approccio alla giustizia penale".

⁵⁵⁸ Se guardiamo a tempi più recenti e consideriamo l'ingresso delle neuroscienze nei tribunali così come lo intendiamo nella concezione moderna, un caso emblematico è rappresentato celeberrimo "caso Nelson" (State vs. Nelson, 2010). Nelson ha ucciso la propria moglie ed ha stuprato un minore, ma grazie all'utilizzo della qEEG (elettroencefalografia quantitativa) gli è stata risparmiata la pena di morte. Questa tecnica permette una valutazione quantitativa dell'attività elettrica cerebrale tramite una mappatura a colori della corteccia cerebrale, che risulta senz'altro più approfondita della EEG normale. E' stato particolarmente indicativo anche il caso "State vs Semrau" (2010) in cui sono state utilizzate sia la fMRI che il "lie detector", determinando l'ammissibilità di tali tecniche in ambito forense.

e fMRI.⁵⁵⁹

Quali sono concretamente le tecniche di derivazione neuroscientifica che vengono oggi utilizzate in sede forense nell'ambito dell'accertamento della capacità di intendere e di volere di un soggetto?

Bisogna distinguere innanzi tutto tra: tecniche neuroscientifiche in cui l'individuo rientra tra le "fonti di prova reale" (si agisce qui sulla fisicità del soggetto, come ad esempio potrebbe essere un prelievo di DNA), e quelle tecniche in cui l'individuo viene invece considerato una "fonte di prova dichiarativa" (le neuroscienze qui servono per convalidare l'attendibilità di una prova dichiarativa).⁵⁶⁰

La categoria principale delle metodiche che inquadrano il soggetto come fonte di prova reale è quella delle neuroimmagini (neuroimaging), tra cui si può distinguere l'imaging di tipo strutturale, quella di tipo funzionale, e le tecniche di genetica comportamentale.⁵⁶¹ Per quanto riguarda l'imaging strutturale, la prima tecnica che è stata elaborata è quella della tomografia assiale computerizzata, ovvero la TAC⁵⁶². Ad essa sono seguite altre tecniche, le cc.dd. tecniche tomografiche di medicina nucleare, che sono meno invasive per coloro i quali vi si sottopongono. Queste sono la PET (*Positron Emission Tomography*)⁵⁶³ e la risonanza magnetica (MRI)⁵⁶⁴. Le

⁵⁵⁹ L. D'AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p. 17; cfr. J. ILLES-E. RACINE, *Imaging or Imagining? A Neuroethics Challenge Informed by Genetics*, in "American Journal of Bioethics", 2005, n. 2, pp. 5-18.

⁵⁶⁰ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 6. Vedi CONTI, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, P. FERRUA-E. MARZADURI-G. SPANGHER (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p. 100.

⁵⁶¹ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 7.

⁵⁶² È sostanzialmente un controllo radiologico in cui i dati raccolti dal passaggio di vari fasci di raggi X nell'area interessata vengono rielaborati da un computer, in modo da ricreare una rappresentazione tridimensionale dei differenti tipi di tessuto.

⁵⁶³ È una tecnica che prevede la somministrazione di radiofarmaci per via endovenosa. Una volta assunti tali farmaci, il tomografo PET rileva la distribuzione di queste sostanze in varie aree del corpo e permette di ottenere delle immagini che verranno interpretate dai medici specialisti.

tecniche strutturali permettono di visualizzare i deficit cerebrali di natura morfologica, come ad esempio la presenza di una lesione, di una anomalia volumetrica, di una massa, o di un'alterazione.^{565 566}

Per quanto riguarda l'imaging funzionale, è da considerare la fMRI (*Functional Magnetic Resonance Imaging*). Questa è complementare all'imaging morfologica, e consente di evidenziare deficit cerebrali legati ad anomalie nel funzionamento delle strutture cerebrali mediante una misurazione del flusso ematico nella zona esaminata: l'aumento di flusso indica un'area di attivazione.⁵⁶⁷

Altre tecniche, meno conosciute e meno utilizzate⁵⁶⁸, ma ugualmente valide, sono la MEG (magnetoencefalografia)⁵⁶⁹ e la SPECT (topografia computerizzata ed emissionale di fotoni singoli)⁵⁷⁰.

Attraverso tali tecniche si può visualizzare l'attività cerebrale durante una stimolazione emotiva,⁵⁷¹ per capire se risulta essere normale, o anormale. In tale ambito è fondamentale l'indagine che viene svolta sul lobo frontale, che viene considerato il centro della personalità, in quanto è un'area preposta al controllo degli impulsi, del comportamento sociale e i processi decisionali, aspetti particolarmente

⁵⁶⁴ E' una tecnica dalla quale emergono immagini dettagliate del corpo umano mediante lo sfruttamento di campi magnetici e onde radio. Viene utilizzata per la diagnosi di una grande varietà di patologie perché permette di visualizzare sia lo scheletro e le articolazioni, sia gli organi interni.

⁵⁶⁵ Si è scoperto che queste alterazioni possono provocare una propensione del soggetto ad atteggiamenti violenti e anti-sociali, soprattutto quando si verificano in corrispondenza al lobo frontale, che è l'area preposta a controllare gli impulsi.

⁵⁶⁶ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 7.

⁵⁶⁷ Le "aree colorate" (quelle che si attivano nel momento in cui un soggetto compie un'azione o elabora un pensiero) ci danno informazioni circa le aree cerebrali che un determinato soggetto "recluta" per porre in essere una condotta o risolvere un problema.

⁵⁶⁸ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?*, cit., p. 3

⁵⁶⁹ Si basa sulla misurazione dei campi magnetici derivanti dall'attività elettromagnetica dell'encefalo. Il paziente si siede e attraverso una specie di casco con dei sensori vengono rilevati gli impulsi. Non è un esame invasivo e non ha particolari controindicazioni.

⁵⁷⁰ E' una tecnica di *imaging* che si serve di una radiazione ionizzante: i raggi gamma. Viene utilizzata una gamma camera volta ad acquisire molteplici proiezioni 2D dalle quali poi un altro computer ricreerà immagini 3D.

⁵⁷¹ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze in Diritto e Scienza*, 2012, n. 6, p.14

rilevanti in relazione all'eventuale commissione di un illecito.⁵⁷²

Anche le tecniche di genetica comportamentale rientrano fra quelle tecniche che rendono l'individuo fonte di prova reale. Esse studiano come la genetica possa influenzare il comportamento umano. Nel concreto, si verifica la presenza di polimorfismi che nella letteratura scientifica sono associati ad un aumento del rischio che un soggetto adotti comportamenti di tipo anti-sociale, aggressivo, violento, ecc. Le indagini genetiche però sono ancora rilegate nell'ambito statistico⁵⁷³, potendosi esprimere in termini probabilistici e generali, ma non ancora in termini certi ed individuali.⁵⁷⁴

Per quanto riguarda le tecniche che rilevano per quanto riguarda la prova dichiarativa, è da segnalare innanzitutto l'I.A.T. (*Implicit Association Test*). Questo è un esame ideato nel 1998 da Greenwald e altri suoi colleghi, ed è volto a carpire gli atteggiamenti e le opinioni spontanee delle persone.⁵⁷⁵ L'I.A.T. è stato poi adattato per poter essere utilizzato anche in ambito forense, relativamente ad un singolo

⁵⁷² M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel diritto penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 10, si esprime a riguardo così: “nel cervello del soggetto sano e in quello del soggetto disturbato, queste funzioni opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche. Accade, pertanto, che soggetti con un lobo frontale mal funzionante possano più facilmente commettere illeciti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli, ovvero che, in presenza di una certa componente genetica, eventi traumatici possano generare reazioni aggressive altrimenti non verificabili. In questo modo è possibile distinguere stabilmente tra un soggetto infermo ed uno normale, ma anche operare una differenziazione all'interno dello stesso tipo di disturbo, ad esempio tra schizofrenici violenti e schizofrenici non violenti, ecc.; come pure tra un grave disturbo di personalità ed uno lieve, essendo presenti solo nel primo i correlati microstrutturali evidenziabili alla c.d. *Voxel-Based Morphometry (VBM)*”.

⁵⁷³ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 7.

⁵⁷⁴ Cfr. GARLAND-FRANKEL, *Considering Convergence: A Policy Dialogue About Behavioral Genetics, Neuroscience and Law*, in *69 Law & Cont. Probs.*, 2006, 102-103. Le neuroscienze e la genetica del comportamento hanno numerosi punti di convergenza in quanto i geni di un soggetto condizionano il suo sviluppo cerebrale. E' perciò auspicabile uno studio integrato di quella che viene definita “biologia comportamentale”, tanto che l'AAS (*American Association for the Advancement of Science*) promuove una comunicazione tra neuroscienze e genetica comportamentale non solo a livello rigorosamente scientifico, ma anche da un punto di vista di policy.

⁵⁷⁵ Esso misura i legami associativi tra concetti rappresentati in memoria, o tra un concetto ed una valutazione del soggetto (nordafricani-negativo). In questo modo può aiutare ad esempio a comprendere se un soggetto abbia concezioni egalarie o discriminatorie verso un determinato gruppo sociale.

e preciso ricordo autobiografico. Questo è il c.d. a-I.A.T. (*autobiographical I.A.T.*), e si basa su una procedura che a seconda dei tempi di reazione, riesce a verificare l'esistenza di una traccia di memoria all'interno della mente di un soggetto.⁵⁷⁶ I creatori di questo test ritengono che il ricordo "naturale" (cioè quello vero), avrebbe tempistiche di reazione rapide, mentre dei tempi di reazione anche infinitesimalmente più lunghi, vorrebbero segnalare il "conflitto cognitivo" che ha dovuto superare il soggetto prima di fornire una risposta che effettivamente non risiede nella sua memoria. Minori sono i tempi di reazione, maggiore è quindi l'attendibilità.⁵⁷⁷

Simile alla tecnica di a-I.A.T. è quella di T.A.R.A. (*Timed Antagonistic Response Alethiomete*), sempre rivolta a indagare sulla presenza di una traccia mnestica relativa ad un determinato ricordo nella memoria di soggetto. Qui si usa la c.d. "cronometria cognitiva" che consiste nel creare una situazione artificiale⁵⁷⁸, in cui dare una risposta bugiarda è molto più impegnativo che dare una risposta veritiera, e ciò si manifesta nell'aumento dei tempi di risposta nel primo caso. E' una tecnica ancora sperimentale, ma i primi studi che

⁵⁷⁶ Il test si svolge al computer: al soggetto viene demandato di classificare le frasi che compaiono sul monitor secondo due compartimenti categorici "vero-falso" e "versione della difesa-versione dell'accusa". Questo vuol dire che in un primo blocco il soggetto deve collocare nella categoria che ritiene più opportuna le informazioni che gli appaiono sul monitor e che sono relative al momento in cui sta svolgendo il test (ad es. "sto utilizzando una penna per rispondere", oppure "fuori piove"). In un secondo blocco, appaiono frasi che si riferiscono alla versione dell'accusa e a quella della difesa, che descrivono una diversa ricostruzione rispettivamente a quello che è successo all'individuo sottoposto al test (ad es. "Tizio mi ha spintonato"/"Tizio non mi ha spintonato"). Nel successivi blocchi le varie versioni vengono abbinare ai concetti "vero" e "falso" e il soggetto deve effettuare la classificazione. Lo spiega P.TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012 : "in un primo momento il tasto destro serve per scegliere la frase vera e quello sinistro per scegliere la frase falsa. Poi l'abbinamento viene invertito (...). In questo modo si cerca di verificare se l'abbinamento di "vero" con l'ipotesi dell'accusa suscita una risposta più veloce rispetto all'abbinamento di "falso" con l'ipotesi della difesa, oppure se si verifica il contrario. In una delle due ipotesi tende a scattare un conflitto cognitivo, al quale consegue un rallentamento della risposta motoria perché la mente deve effettuare un passaggio in più e, di conseguenza, un maggior sforzo per poter classificare le frasi in modo coerente".

⁵⁷⁷ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 9

⁵⁷⁸ Si chiede all'individuo di classificare una successione alternata di affermazioni come "vere" o "false", utilizzando due tasti appositamente indicati.

sono stati condotti su di essa rilevano un grado di attendibilità quasi dell'85%.⁵⁷⁹

Queste tecniche c.d. di “*memory detenction*”, si fondano su un test brevettato negli anni Ottanta dal un noto neuroscienziato dell'Università di Harvard: Lawrence Farwell. Il test è chiamato di “*Brain Fingerprinting*”: il dispositivo consentirebbe di esplorare la memoria di un soggetto per rintracciare le “impronte cerebrali”, che rivelerebbero ricordi di avvenimenti passati esaminando le onde cerebrali.⁵⁸⁰ Le effettive capacità di questa metodologia sono ancora al vaglio della comunità scientifica internazionale, e lo stesso Farwell ha dedicato molte pubblicazioni ai punti di forza e di debolezza del *Brain Fingerprinting*.⁵⁸¹

7. L'attendibilità da attribuire alle metodologie neuroscientifiche secondo la comunità scientifica e giuridica

Tutte queste tecniche hanno raggiunto altissimi livelli di specializzazione per un utilizzo di tipo medico, ma come si pone la comunità scientifica e giuridica rispetto ad un possibile utilizzo di tali metodologie d'indagine in campo forense?

⁵⁷⁹ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4, p. 7. Vedi A. P. GREGG, *When vying reveals lying: The Timed Antagonistic Response Alethiometer*, in *21 Appl. Cognitive Psychol.*, 2007, 621 e ss.

⁵⁸⁰ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?*, in A. SANTOSUOSSO-S. GARAGNA-B. BOTTALICO, Redi C.A. (ed.), *Le Scienze Biomediche e il Diritto*, Ibis, 2010. “Il metodo, oggi ad alto livello di sviluppo, si basa sulla rilevazione di onde cerebrali, chiamate p300, attraverso elettrodi posti in corrispondenza del cranio della persona da analizzare: a fronte di determinati stimoli forniti al soggetto, l'apparecchio misura ed analizza al millesimo di secondo i picchi dell'attività elettrica nel cervello quando questo reagisce a qualcosa che riconosce. La tecnica non è invasiva e, secondo quanto riportato da Farwell, è emersa una percentuale prossima al 100% nell'esattezza e verificabilità del risultato conseguito, ritenendo egli stesso che il Brain Fingerprinting test possa rivestire un'importanza decisiva nella lotta al terrorismo e nell'individuazione di eventuali colpevoli di reato”. Vedi L.A. FARWELL-S.S. SMITH, “*Using Brain MERNER testing to detect concealed knowledge despite efforts to conceal*”, in *Journal of Forensic Science*, 46, 1 e www.brainwavescience.com.

⁵⁸¹ M. CESARINI, *Le scienze forensi incontrano le neuroscienze*, in *Scienze forensi*, anno 4, n. 4, dicembre 2013

John-Dylan Haynes e Geraint Rees,⁵⁸² una scarsa decina di anni fa, hanno espresso i loro dubbi sull'affidabilità delle tecniche neuroscientifiche. Agli occhi dei due scienziati risulta non privo di problematicità quel passaggio che porta a ritenere che sia possibile ricavare il pensiero di una persona semplicemente tramite la misurazione della sua attività cerebrale. Gli svariati studi neuroscientifici hanno fornito importanti prove riguardo l'esistenza di una connessione tra attività mentali e condizioni cerebrali, ma non è provato che una simile "lettura del cervello" possa essere realizzata tramite le tecniche di *neuroimaging*. Si nota una forte tendenza dei media e della società a sovrastimare le risultanze tratte dalle scoperte neuroscientifiche, ma Haynes e Rees si pongono con dubbio e diffidenza e ritengono che molti interrogativi rimangano aperti.⁵⁸³

Il problema delle metodologie che vengono usate dalle tecniche neuroscientifiche è caro anche a Daniel Meegan⁵⁸⁴, che nel 2006 affronta la questione con particolare riferimento ai metodi di *lie-detention* e *memory-detention*. Meegan, confrontando queste metodologie con i basilari criteri di "*specificity*", "*retrieval automaticity*", "*encoding flexibility*" e "*longevity*", ritiene che manchi una decisiva prova a sostegno di una affidabilità di tali tecniche per un uso forense. Anzi, c'è la possibilità di ottenere addirittura delle false risultanze.⁵⁸⁵

⁵⁸² Cfr. J.D. HAYNES-G. REESE, *Decoding mental states from brain activity in humans*, in *Nature Reviews-Neuroscience*, 2006, vol. 7

⁵⁸³ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?*, in A. SANTOSUOSSO-S. GARAGNA-B. BOTTALICO, Redi C.A. (ed.), *Le Scienze Biomediche e il Diritto*, Ibis, 2010.

⁵⁸⁴ Cfr. D.V. MEEGAN, *Neuroimaging Techniques for Memory Detection: Scientific, Ethical, and Legal Issues*, in *The American Journal of Bioethics*, 8 (1): 9-20, 2008

⁵⁸⁵ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?*, in A. SANTOSUOSSO-S. GARAGNA-B. BOTTALICO, Redi C.A. (ed.), *Le Scienze Biomediche e il Diritto*, Ibis, 2010. Testuali parole: "Lo studio parte dal tipo di risultati prodotti dalle cosiddette tecniche di ricerca della memoria *event-related*, in cui uno specifico stimolo sensoriale o un intero evento, come un crimine, viene presentato al soggetto sottoposto al test. Tali risultanza, attraverso la comparazione con un strumento ideale ed astratto di indagine della memoria, vengono analizzate anche sotto il punto di vista della metodologia utilizzata. Rispetto alla sussistenza dei basilari criteri di *specificity* (l'indagine dovrebbe essere mirata a capire se uno specifico mezzo o dettaglio di un evento viene riconosciuto dal soggetto, ad esempio

Quello che ben emerge dalle recenti sentenze italiane che si sono susseguite dal 2009 in poi, trattate in questa sezione, è che non si tratta di attuare una “rivoluzione copernicana” nelle metodologie di diagnosi, accertamento e valutazione dell’infermità mentale, e neppure di introdurre criteri deterministici dai quali dedurre meccanicamente che da una certa anomalia morfologica cerebrale conseguono certi comportamenti. Si tratta piuttosto di far tesoro delle nuove acquisizioni relative alla struttura del cervello e all’apparato genetico, di considerare il legame tra le anomalie di alcune aree cerebrali e la possibilità di dar vita a comportamenti violenti, o ancora di considerare la possibilità che specifici alleli di geni possano comportare una maggiore vulnerabilità del soggetto portatore di essi, il quale verosimilmente svilupperà comportamenti socialmente inaccettabili.⁵⁸⁶

Dalla sentenza del Tribunale di Como affiora un passaggio molto interessante sotto il punto di vista della rilevanza da attribuire alle nuove scoperte. Il coinvolgimento delle tecniche di *neuroimaging* o di genetica molecolare dovrebbe essere considerato come un punto di supporto alle altre tecniche già utilizzate nell’ambito dell’accertamento dell’infermità mentale.⁵⁸⁷

non un generico coltello bensì il coltello utilizzato per l’omicidio), *retrieval automaticity* (i risultati non dovrebbero essere influenzati dalla possibilità di manipolare gli stimoli della persona esaminata), *encoding flexibility* (i criteri di elaborazione e presentazione degli stimoli da parte di chi conduce il test con riferimento alla memoria retrospettiva) e *longevity* (la capacità del mezzo di affrontare la permanenza di un ricordo nella memoria del soggetto per tempi anche molto lunghi), emerge la mancanza di prove decisive a sostegno di una utilizzabilità affidabile delle citate tecniche ad uso forense. Tuttavia, mentre per i criteri di specificità e automatismo un avanzamento metodologico può essere decisivo, per gli altri criteri ciò risulta molto difficile: nulla sembra potersi contro la consapevolezza che la memoria ha la tendenza a venir meno quando i criteri di codifica risultano carenti e il periodo di ritenzione dei ricordi è troppo prolungato. Meegan vede in tutto ciò la concreta possibilità di ottenere falsi negativi che non rendano i mezzi sufficientemente affidabili a scopo forense”.

⁵⁸⁶ L. D’AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull’uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p.19

⁵⁸⁷ “Tutta la medicina è basata su questo ragionamento probabilistico. Se è vero che la valutazione comportamentale e clinica di un soggetto malato di mente non può essere certo sostituita dalla valutazione del suo cervello tramite le tecniche di *neuroimaging* cerebrale, o dagli studi di genetica molecolare, non può, però, essere

Marta Bertolino ritiene che il ruolo delle neuroscienze nell'accertamento dell'infermità mentale sembra addirittura oltrepassare le aspettative che si erano nutrite sulla loro importanza e rilevanza.⁵⁸⁸

Le problematicità che possono emergere, non devono indurre verso una rinuncia del diritto penale alle neuroscienze, ma piuttosto ad una rivalutazione dell'apporto che queste possono dare a chi è preposto a valutare la capacità di intendere e di volere, dando maggiore oggettività a ciò che emerge dalle conclusioni peritali.⁵⁸⁹ Oggettività non vuol dire certezza assoluta, ma vuol dire “probabilità scientifica” dei risultati che consentono di rilevare le condizioni di vulnerabilità o i fattori di rischio, la cui esistenza rende statisticamente più probabile un comportamento delinquente.⁵⁹⁰

8. Neuroscienza e giudizio di imputabilità

disconosciuto che le tecniche neuroscientifiche garantiscono oggi nuove metodologie di approfondimento e di supporto. An

⁵⁸⁸ L. D'AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p. 20. Vedi: M. BERTOLINO, *Il “breve” cammino del vizio di mente: un ritorno al paradigma organicistico?* In A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, cit., pp. 123-124 : “Le neuroimmagini del cervello, la rilevazione di danni ai lobi prefrontali finiscono col lo spingere il giudizio di imputabilità per il vizio di mente oltre il vincolo di realtà stesso: esse provano troppo. Al punto da far pensare che il giudizio sull'imputabilità possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento fattuale di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali. Ma, come è noto, questo accertamento non basta: è necessario, ma non è sufficiente per riconoscere il vizio di mente o al contrario per escluderlo. L'accertamento patologico attiene infatti al primo dei due piani in cui si struttura il giudizio di imputabilità nel codice penale. Al piano della diagnosi di infermità segue infatti quello relativo alla verifica dell'incidenza della patologia mentale sulla capacità di intendere e di volere. Un giudizio quindi particolarmente complesso, delicato ed esposto al rischio di facili sperequazioni applicative, anche perché, sotto il profilo dei suoi contenuti, è fortemente intriso di momenti valutativi”.

⁵⁸⁹ L. D'AVACK, *Neuroscienze ed esperimenti sull'uomo*, in *Il diritto nelle neuroscienze. Non “siamo” i nostri cervelli*, L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013, p. 20. Cfr. G. SARTORI, *Lectio magistralis*, tenuta nell'Università L. Bocconi in occasione dell'incontro su “*Forensic Neurosciences*”, il 27 settembre 2011.

⁵⁹⁰ E' P. Pietrini che si riferisce così alle varianti genetiche a proposito della sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, in un'intervista che si può trovare online su brainfactor.it.

Uno degli obiettivi principali dei neuroscienziati è stato, fin da subito, quello di esplorare la possibilità di interazione tra attività cerebrale e attività cognitiva di un soggetto.⁵⁹¹ Essendo l'attività cognitiva uno dei presupposti fondamentali della capacità di intendere e di volere di un soggetto, è evidente che si sia cercato di coinvolgere queste nuove metodologie in ambito processuale.

In numerose pronunce, si rintraccia nei protocolli diagnostici di tipo nosografico-descrittivo, come il DSM, lo strumento per avvalorare la presenza di un disturbo mentale. Non si può però ignorare il fatto che in esso non si esauriscono tutte le tecniche diagnostiche, essendo presenti altre tecniche che costituiscono una valida alternativa, come le “*diagnosi di sede*” (volte a localizzare la struttura nervosa alterata che produce il sintomo) le “*diagnosi di natura*” (dirette a ricondurre i sintomi all'alterazione), o le diagnosi c.d. “*funzionali*” (miranti ad esplorare il funzionamento della personalità globale del soggetto).

A differenza delle diagnosi che si fondano sul DSM, le neuroscienze e più in particolare gli strumenti di *neuroimaging*, hanno il vantaggio di fornire una rispondenza anche dimensionale del disturbo. Questa prerogativa è da tenere bene in conto, perchè essendo il giudice tenuto a valutare l'incidenza dell'infermità sulla capacità dell'imputato, dovrà condurre un'indagine sia da un punto di vista quantitativo, che da un punto di vista dinamico-causale.⁵⁹² Inoltre, c'è da dire che le neuroscienze fungono da “elemento di razionalizzazione del sistema”, questo perché rendono possibile lavorare su una base empirica certa e analitica.⁵⁹³

Per far sì che il disturbo assurga a causa di esclusione o di limitazione della capacità di intendere e di volere non è necessaria solamente la

⁵⁹¹ B. BOTTALICO, *Il diritto penale e le neuroscienze: quale possibilità di dialogo?*, in A. SANTOSUOSSO-S. GARAGNA-B. BOTTALICO, Redi C.A. (ed.), *Le Scienze Biomediche e il Diritto*, Ibis, 2010

⁵⁹² G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 16

⁵⁹³ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 17

presenza di questo all'interno di un soggetto, e una più o meno incidente gravità dello stesso, ma occorre anche più nello specifico un nesso eziologico tra il disturbo mentale ed il fatto di reato, che permetta di ritenere che l'azione criminosa sia causalmente e direttamente determinata dall'anormalità psicologica o psichiatrica. Non basta perciò classificare come "disturbo" una determinata alterazione, ma occorre risalire da un punto di vista più soggettivo quanto questo abbia condizionato il libero arbitrio del soggetto agente. E tale condizionamento non deve essere riscontrato solo in astratto, accertando la capacità o l'incapacità di intendere e di volere al momento del fatto, ma deve essere rilevato in concreto, tenendo conto del quadro più strettamente soggettivo, per valutare quanto il soggetto potesse essere realmente consapevole dello specifico fatto delittuoso posto in essere.

Il giudizio di imputabilità, come già detto, si svolge infatti su un duplice piano, ed è interessante capire quale possa essere l'apporto delle neuroscienze su entrambi i livelli.

Per quanto riguarda il primo livello, quello relativo alla diagnosi dell'infermità, l'ingresso delle neuroscienze nel panorama giudiziario risulta idoneo ad estendere l'ambito del concetto di infermità mentale penalmente rilevante, includendo anche "le ipotesi in cui a causa di un'anomalia o una lesione cerebrale, il reo mantenga la propria capacità cognitiva, ma non quella empatica, emozionale ovvero il controllo sui propri impulsi".⁵⁹⁴ Questa impostazione è coerente con la concezione dell'infermità mentale elaborata dalla giurisprudenza di legittimità nella sentenza Raso, tramite cui viene liberata la nozione di vizio di mente da un vincolo di inquadramento strettamente medico e

⁵⁹⁴ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 17. Continua così.. "In tal caso, in considerazione dell'impossibilità, per il soggetto agente, di tenere una condotta diversa da quella illecita, l'adesione alla concezione normativa della colpevolezza o, ancora meglio, alla categoria della qualificazione soggettiva, non potrà che condurre alla dichiarazione di irresponsabilità penale". Più avanti a pag. 20 "(...) le neuroscienze rendono possibile l'osservazione di patologie psichiche che, pur non privando il reo della propria capacità conoscitiva, precludono a quest'ultimo il controllo dei propri istinti, privandolo delle sue facoltà volitive, emotivo o empatiche".

psichiatrico.⁵⁹⁵

Nel momento della diagnosi dell'infermità il giudice deve assumere le vesti di "gatekeeper", ovvero di "custode del metodo": deve fungere da garante dell'attendibilità delle prove scientifiche, verificando la ragionevolezza delle conclusioni dei periti, che possono essere sindacate solo dal punto di vista della logicità⁵⁹⁶, ma non per ragioni intrinseche collegate ad un diverso apprezzamento tecnico-scientifico. Il giudice può inoltre condurre un giudizio di attendibilità basato sulla competenza dell'esperto o sul metodo impiegato.⁵⁹⁷

Il secondo livello invece riguarda la valutazione dell'infermità, che si snoda sotto due indagini complementari. Innanzi tutto viene studiato il reato e le sue modalità di esecuzione⁵⁹⁸ secondo una ricostruzione di tipo criminodinamica e criminogenetica del reato⁵⁹⁹ volta a capire

⁵⁹⁵ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 17. Testuali parole: "Trova così migliore spiegazione l'assunto della giurisprudenza di legittimità secondo cui il novero dei disturbi in grado di dar luogo ad un vizio di mente non dovrebbe essere limitato solo alle patologie aventi un inquadramento medico, ma anche ai disturbi che – per intensità, pregnanza e forza causale – danno luogo ad una diminuzione rilevante delle facoltà cognitive del soggetto agente: in questo senso, le neuroscienze hanno dimostrato come anche simili patologie, oltre a generare deviazioni dell'io razionale capaci di compromettere la capacità di intendere e di volere del reo, presentino altresì una base empirica concretamente misurabile, seppure meno evidente".

⁵⁹⁶ Bisogna cioè rifarsi ai tradizionali principi di identità ($A=A$), non contraddizione (se $A=A$, e $B=B$, allora $A \neq B$), e terzo escluso (se $A=A$ e $B=B$, A e $B \neq C$)

⁵⁹⁷ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 19. A p. 20 continua: "In tal caso, il parametro valutativo sarà quello tracciato dalla sentenza Daubert e successivamente dalla sentenza Cozzini: oltre ai criteri di "verificabilità", "falsificabilità", "sottoposizione al controllo della comunità scientifica", "conoscenza del tasso di errore" e "generale accettazione nella comunità degli esperti", la ricostruzione prospettata acquisterà maggiore o minore credibilità in rapporto "all'ampiezza, alla rigurosità e all'oggettività della ricerca", "al grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi", "alla discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio" e alla "attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica".

⁵⁹⁸ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 18. "(...) partendo da essi e ripercorrendo le fasi di realizzazione degli eventi, attraverso l'utilizzo dello strumento interpretativo dell'analisi criminologica, sarà, infatti, possibile contestualizzare la capacità di intendere e di volere del reo e la possibilità per quest'ultimo di comprendere e dominare i propri impulsi antisociali al momento della commissione del fatto. In questa prospettiva, l'analisi della condotta tenuta dal soggetto agente avrà un'importanza preminente, rappresentando l'unico dato d'indagine concreto e inoppugnabile".

⁵⁹⁹ Secondo M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., questo ruolo può essere ben svolto anche dagli psichiatri, con una buona base empirica di supporto: "In quest'operazione un ruolo

non tanto se l'autore fosse capace di intendere e di volere al momento del fatto, ma piuttosto se e quanto fosse consapevole dello specifico crimine.⁶⁰⁰ In secondo luogo si deve individuare quanto il disturbo mentale abbia inciso sull'iter generativo del reato (si cerca di capire se in assenza dell'infermità il reo avrebbe comunque commesso il fatto)⁶⁰¹, cioè se possa essere riscontrabile un nesso eziologico tra il disturbo diagnosticato e il reato commesso.

Per quanto riguarda il primo passaggio, le neuroscienze hanno poca rilevanza perché non risultano strumentali allo scopo. Per quanto riguarda invece il secondo passaggio le neuroscienze possono offrire, anche se in maniera indiretta, qualche informazione⁶⁰² (ad esempio mediante uno studio comportamentale dell'imputato in circostanze analoghe a quelle in cui è stato commesso il reato).⁶⁰³ In questo secondo livello, relativo alla valutazione della rilevanza dell'infermità, il giudice avrà un ruolo più marcato, andando a integrare il ruolo centrale che l'esperto ha assunto nella prima fase di diagnosi del vizio di mente, soprattutto quando viene fatto uso delle neuroscienze che

determinante dovrebbero avere gli orientamenti psichiatrici di tipo psicoanalitico e antropofenomenologico, oltre che la criminologia e la medicina legale. Il reato e le sue peculiari modalità sono, del resto, gli unici dati inoppugnabili concreti ed inequivocabili, e solo ripercorrendo gli eventi attraverso l'utilizzo come strumento interpretativo dell'analisi criminologica, psichiatrica e psicologica è possibile arrivare ad una conclusione sulla capacità di intendere e di volere, e la possibilità di autocontrollo del singolo soggetto". Non è l'unica a riconoscere la competenza psichiatrica in questo momento. Cfr. CARRIERI-CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2001, p. 30; ZAVATTI-BARBIERI, *La c.d. "personalità antisociale" in psicopatologia forense basata su evidenze: un discorso sul metodo?*, in *Riv. It. crim.*, 2000, p. 297 e ss.; MAGRIN-BRUNO, *Malvagli o malati? Valutare la libertà umana in azione*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3867 ss.

⁶⁰⁰ M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p. 16

⁶⁰¹ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 18

⁶⁰² M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., ci dice che l'unico dato concreto e inoppugnabile è il reato. Tutto il resto deve essere ripercorso attraverso l'analisi non solo criminologica, ma anche psichiatrica e psicologica, per poter maturare delle conclusioni in relazione alla capacità di intendere e di volere, la possibilità di controllo degli impulsi e la facoltà di discernimento del singolo soggetto.

⁶⁰³ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 18

richiede un'elevata competenza tecnica.⁶⁰⁴

Quindi all'interno del giudizio di imputabilità il contributo delle neuroscienze si esplica soprattutto nella prima fase di accertamento, volta a riscontrare la sussistenza dell'infermità, mentre il secondo livello è caratterizzato da valutazioni di tipo più giuridico⁶⁰⁵, che il Giudice è chiamato a compiere nella sua funzione di *peritus peritorum*.

Le neuroscienze possono dunque assumere in questo campo un ruolo di particolare utilità, essendo in grado di fornire delle risposte in relazione alla capacità dell'uomo di poter controllare i propri impulsi, in base ad un'analisi oggettiva sull'area cerebrale del soggetto periziando.

9. L'ingresso delle neuroscienze nel processo penale come prova scientifica

L'ingresso della prova (neuro)scientifica⁶⁰⁶ all'interno del processo penale riflette tutte le problematiche e le incertezze che sono connesse alla ricerca di un punto di incontro fra il mondo del diritto e quello della scienza, ricerca inevitabile in un'era come la nostra, soprattutto se si considera che spesso la tecnologia è sinonimo di certezza ed

⁶⁰⁴ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e scienza*, 2012, n. 6, p. 20

⁶⁰⁵ Deve essere infatti "necessario che tra il disturbo mentale e in fatto di reato sussista un nesso eziologico che consenta di ritenere il secondo causalmente orientato dal primo" (punto 15 della sentenza Raso). E qui, come dice M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., "l'ausilio delle neuroscienze può essere solo parziale, non essendo automatico un riscontro di questo tipo in presenza di un disturbo mentale, per quanto ne sia stata valutata la gravità e l'intensità". U. FORNARI, *I disturbi gravi della personalità*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 274, si esprime sul punto dicendo: "non è la dimensione categoriale (la diagnosi), bensì quella funzionale (la criminogenesi e la criminodinamica) quella che aiuta a ricostruire e comprendere lo stato di mente di un autore (o di una vittima) di reato".

⁶⁰⁶ Viene definita "un'icona" del processo penale in questo primo scorcio del terzo millennio, da LORUSSO, *Facino e insidie della prova scientifica*, Relazione al Convegno "Prova scientifica e processo penale" (Taranto, 20.21 gennaio 2012), 9 del dattiloscritto.

oggettività.⁶⁰⁷

Da una parte il contributo del sapere scientifico consente di cautelarsi contro il ricorso da parte dell'accusa a "scorciatoie probatorie"⁶⁰⁸ dando effettività alla natura di quel "ragionevole dubbio" che deve essere introdotto dalla difesa, dall'altra parte però "l'ingresso indebito e/o l'impiego inappropriato di saperi nuovi rischia di provocare effetti irreversibili sul versante di quella 'trasfigurazione processuale' delle categorie del diritto penale sostanziale di cui già da tempo si lamenta l'esistenza nella prassi".⁶⁰⁹

Una studiosa statunitense, Erin Murphy, approcciandosi allo studio della prova scientifica e cercando di delinearne le caratteristiche, è arrivata a distinguere due generazioni di prove scientifiche⁶¹⁰. Le neuroscienze, secondo molti, avrebbero le carte in regola per spingere le caratteristiche della seconda generazione (vedi nota) alle estreme

⁶⁰⁷ L. CAPRARO, *Primi casi "clinici" in tema di prova neuroscientifica*, in *Processo penale e giustizia*, anno II, n. 3-2012: è necessaria una riflessione "che indaghi, da una parte, sulla reale portata del contributo che scienza e tecnologia possono dare al problema della cognizione penale e, dall'altra, sui limiti entro i quali è opportuno che ciò avvenga per evitare che la loro ipertrofica presenza "mortific(hi) legalità e contraddittorio, facendo assurgere la prova scientifica a "nuovo totem di un (...) efficientismo giudiziario di stampo tecnocratico".

⁶⁰⁸ Cfr. L.MARAFIOTI-M.MASUCCI (a cura di), *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, Giappichelli, Torino, 2006

⁶⁰⁹ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012.

⁶¹⁰ E. MURPHY, *The new Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence*, in *96 Cal. L. Rev.*, 2007, pp. 726-730. V. sul punto A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 517: "La prima generazione si caratterizzerebbe per: a) applicazione limitata ad un numero esiguo di reati; b) carattere esperienziale e di osservazione piuttosto che tecnico e sperimentale; c) non utilizzo di macchinari sofisticati; d) incapacità di fungere da "prova regina", operando essenzialmente in funzione corroborativa di altro materiale probatorio; ed infine, e) capacità di fornire solo informazioni limitate, non tali da far sorgere questioni relative alla riservatezza o alla libertà morale del soggetto interessato al loro esperimento. Appartengono a questo gruppo tecniche quali la balistica, la dattiloscopia forense, la rilevazione di impronte di strumenti, etc". Prosegue poi: "Per converso, la seconda generazione (...), si caratterizza per: a) applicabilità rispetto ad una vasta gamma di reati; b) alto grado di attendibilità scientifica; c) utilizzo di tecnologie sofisticate ed altamente specialistiche; d) idoneità a fungere da prova dotata di un rilievo centrale per le sorti del caso, ed infine, e) impatto potenzialmente molto rilevante sui diritti fondamentali dell'individuo, privacy, e capacità di autodeterminarsi in primis.

conseguenze.⁶¹¹ Queste si compongono di strumenti probatori di natura tecnico-scientifica che si presentano come “nuovi o controversi e di elevata specializzazione”⁶¹², andando a formare un esempio della c.d. “*novel science*”.⁶¹³

Quindi nonostante l’apporto di oggettività che possono contribuire ad inserire nel sistema probatorio del sistema penale, le neuroscienze possono essere portatrici di numerosi inconvenienti.

Uno di questi inconvenienti potrebbe essere individuato nel rischio che la “crescente complessità dei linguaggi scientifici lasci relegato il giudice in una condizione di sostanziale subalternità”⁶¹⁴, o al contrario, che questo, temendo di perdere la sua posizione di rilevanza, finisca per ignorare e trascurare il sapere scientifico, soprattutto se appartenente alla c.d. “*novel science*”.⁶¹⁵

Il giudice in questo sistema processual-probatorio caratterizzato una sempre più crescente influenza della prova (neuro)scientifica, non deve assumere la veste di “scienziato”, ma piuttosto deve atteggiarsi (come detto in precedenza) come se fosse un “*gatekeeper*” (guardiano del cancello), dotandosi di strumenti metodologici che gli permettono di valutare il tasso di scientificità della tecnica probatoria sia al

⁶¹¹ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 517.

⁶¹² O. DOMINIONI, *L’ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, fasc. 6s, p. 21; ID., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 75 ss.

⁶¹³ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012.

⁶¹⁴ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012. La giurisprudenza italiana si è affidata molto spesso alle competenze del perito, che è così stato eletto “arbitro delle sorti dell’imputato”, lasciando residuare come eventuale via di fuga solo la natura parziale del vizio di mente. Cfr. F. CENTONZE, *L’imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, pp. 276- 277.

⁶¹⁵ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012. Una soluzione intermedia viene presentata da C. SANTORIELLO, in *Modesti prolegomeni per buon e prudente utilizzo della conoscenza scientifica nel processo penale*, in *Archivio penale*, 2011, p. 871 : “se la prova scientifica, lungi dall’essere immancabilmente l’elemento probatorio unico e centrale a disposizione del giudicante, viene considerata una prova da affrancare alle altre nella composizione della decisione finale, molti dei problemi (...) vengono a ridimensionarsi”. Cfr. anche A.FORZA, *Razionalità ed emozioni nel giudicante*, in *Criminalia*, 2011, p. 363.

momento dell'ammissione e quindi dell'ingresso, e sia al momento dell'utilizzo in senso più stretto.⁶¹⁶

Le problematiche legate alle metodologiche neuroscientifiche possono essere quindi limare affidando al giudice dei criteri alla stregua dei quali valutare la loro ammissibilità, il loro utilizzo e la loro attendibilità, criteri che fungono da “filtro” volto a tener lontano dal processo la c.d. “*junk science*” (scienza spazzatura).⁶¹⁷ Importante però non è soltanto prevenire l'impiego della “*junk science*” all'interno del processo, ma anche evitare che una scienza “buona” venga utilizzata in maniera scorretta dal giudice. Cioè, una volta concesso il vaglio dell'ammissibilità, il giudice non deve comunque abbassare la guardia, e deve valutare la congruenza delle evidenze scientifiche al caso concreto.⁶¹⁸

Un metodo per “filtrare” le prove scientifiche che entrano all'interno del processo, è quello dell'utilizzo da parte del giudice dei criteri giurisprudenziali forniti dalla sentenza Daubert⁶¹⁹ e dalla

⁶¹⁶ V. G. MESSINA, *I nuovi orizzonti della pena (neuro)scientifica*, cit., p. 272 e F. CENTONZE, *L'imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 286 ss.

⁶¹⁷ Cfr. F. CENTONZE, *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 2001, p. 1232 ss.; P.C. GIANNELLI, “*Junk Science*”: *The Criminal Cases*, in 84 *J. Crim. L. & Criminology*, 1993, p. 105 ss.

⁶¹⁸ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4. Cfr. CAPRIOLI, *La scienza “cattiva maestra”: le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3250 e ss. ; SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma, 2012, 229 e ss. E' da segnalare a riguardo, a titolo esemplificativo la sentenza del Tribunale di Como. Come già visto nei pp. Precedenti di questo elaborato, la seconda consulenza della difesa rileva nell'imputata S. Albertani la presenza di tre alleli che secondo la letteratura scientifica internazionale possono essere ricondotti ad una maggiore propensione ad un comportamento violento, impulsivo ed aggressivo. Quello che però è importante notare è che il riferimento alla letteratura internazionale, che è andato poi a plasmare la decisione finale, in questo caso presenta delle problematiche perché gli studi cui si riferisce hanno riguardato solamente individui di sesso maschile, e si potrebbe obiettare circa la riconducibilità di tali studi all'imputata, di genere sessuale diverso dai destinatari di tali studi. Ci si chiede a questo punto se la motivazione sia valida o meno. Si segnala per approfondire questo aspetto FERRACUTI-DI COSIMO, *Le differenze di genere nella genetica dei comportamenti aggressivi*, in *Rass. It. crim.*, 2013, 176 e ss.

⁶¹⁹ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* 509 U.S. 579 (1993), riguarda i supposti effetti teratogeni di un farmaco contro le nausee in gravidanza. Si rinvia in

giurisprudenza successiva⁶²⁰, che forniscono degli standard funzionali all'espletamento del ruolo di "gatekeeper". Il giudice deve controllare la scientificità e l'affidabilità della prova vagliandone l'ammissibilità alla stregua della *checklist* fornita dalla sentenza Daubert e successivamente integrata dalla sentenza Cozzini.

“Questi i criteri enucleati dalla Corte Suprema: 1) la possibilità di sottoporre l'ipotesi scientifica avanzata a verifica empirica (Hempel); 2) la necessità che ogni tesi scientifica sia sottoposta a tentativi di falsificazione e confutazione (Popper); 3) la sottoposizione a *peer review*, ossia al controllo da parte di altri esperti del ramo; 4) l'indicazione del tasso di errore accertato o potenziale della tecnica scientifica; ed infine, e solo in via sussidiaria ed eventuale, 5) il “consenso generale della comunità scientifica” in una fase di “scienza normale” (Kuhn)⁶²¹”.⁶²² Questi criteri sono stati ben accolti dalla dottrina, ma un po' meno dalla giurisprudenza⁶²³, che ha cercato di ridimensionare il loro valore attribuendogli un carattere meramente orientativo, ma non vincolante.⁶²⁴ La sentenza Daubert si avvicina in modo “liberale” all'ammissibilità del sapere scientifico, superando il principio sancito nella sentenza *Frye*⁶²⁵ nel 1923, ovvero l'ammissibilità della prova scientifica solo se generalmente accettata dalla comunità di riferimento, ovviamente purchè l'istanza di parte sia

particolare a M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1996, p. 219 ss.

⁶²⁰ Ci si riferisce alle sentenze: *General Electric Co. V. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997), la quale stabilisce che un “*expert witness*” possa essere escluso se ci sia un “*analytical gap*” tra i dati che sono stati utilizzati e gli esiti cui è giunto l'esperto, e se ci sia un valido parametro per riesaminare le decisioni di ammissibilità prese dalla Corte d'Appello. E *Khumo Tire Co. V. Carmichael* 526 U.S. 137 (1999), la quale ha esteso l'applicazione dei criteri Daubert anche agli esperti in materie non scientifiche.

⁶²¹ L'espressione “scienza normale” viene elaborata da KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1962, trad. it. Torino, 1968. La scienza normale è quell'attività di ricerca che si sviluppa in una comunità scientifica e che consiste nell'abbracciare determinate teorie evitando di metterle subito in discussione, ma avvicinandosi successivamente ai problemi per risolverli utilizzando tali teorie.

⁶²² A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 522-523

⁶²³ V. Cass., sez. I pen., 29 luglio 2008, n. 31456, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 1867

⁶²⁴ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 523

⁶²⁵ *Frye v. United States* 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)

sufficientemente motivata⁶²⁶. I criteri della sentenza Daubert non devono essere contemporaneamente tutti verificati, e la *checklist* non è esaustiva: possono essere ammessi criteri ulteriori.⁶²⁷

Questi principi vengono recepiti anche dalla sentenza Cozzini⁶²⁸ che ha aggiunto altri criteri a quelli Daubert: “al fine di valutare l’attendibilità di una determinata evidenza scientifica, il giudice dovrà infatti considerare anche l’ampiezza della ricerca, la discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio e l’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica di riferimento. A rilevare saranno altresì l’identità, l’autorità indiscussa e l’indipendenza dell’esperto.”⁶²⁹

Questi criteri devono essere ulteriormente specificati con *addictional factors* ad hoc a seconda del giudizio scientifico che è in rilievo⁶³⁰, e vanno tenuti presenti non solo al momento dell’ammissione della prova, ma anche in quello della sua valutazione.⁶³¹

Il “filtro” dell’ingresso delle prove scientifiche all’interno del processo non è solo di matrice giurisprudenziale, ma è anche normativo. Ci sono infatti degli specifici articoli previsti dal codice penale, che danno vita a diversi orientamenti. I principali sono due, e riguardano il canale normativo da utilizzare per l’ingresso della prova scientifica.

Da un lato c’è chi ritiene di dover applicare “analogicamente” l’art.

⁶²⁶ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 522

⁶²⁷ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 25

⁶²⁸ Cass., sez. IV pen., 13 dicembre 2010, n. 43786, *Cozzini e altri*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, p. 1341. Riguarda il tema della responsabilità penale da amianto.

⁶²⁹ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 523. Cfr. P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001.

⁶³⁰ M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze*, cit., p. 6

⁶³¹ C. CONTI, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, fasc. 6s, p. 34

189 c.p.p.⁶³² concernente le prove atipiche⁶³³, essendo le scienze “nuove” diverse modalità di espletamento di prove tipiche, anche se non prove atipiche tout court.⁶³⁴ Nelle prove tipiche i requisiti di “idoneità rispetto all’accertamento del fatto” e “non lesività della libertà morale della persona” sono da presumersi automaticamente sussistenti in quanto ammessi a monte da una valutazione del legislatore. Per quanto riguarda le prove atipiche e le prove scientifiche c.d. “nuove”, invece, questi requisiti postulati dall’art. 189 devono essere vagliati caso per caso da parte del giudice in sede di ammissione dei mezzi di prova.⁶³⁵

Dall’altro lato si pone la lettura della dottrina maggioritaria, la quale ritiene che un sapere extra-giuridico inedito dal punto di vista processuale non necessiti di ricadere nei meccanismi di ammissibilità previsti dall’art. 189 c.p.p. laddove sia utilizzato nell’ambito di una prova c.d. “tipica” (ovvero perizia e consulenza tecnica di parte). In questo caso l’ammissione dovrà rispondere solamente dell’art. 190 c.p.p.⁶³⁶, ritenuto ben in grado di prevenire l’ingresso nel processo

⁶³² Art. 189 c.p.p, rubricato “prove non disciplinate dalla legge”: “Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l’accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all’ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione delle prove”.

⁶³³ Cfr. sia A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 26; sia ID. *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012.

⁶³⁴ O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 102 ss. . Cfr. ID., *L’ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *La prova scientifica nel processo penale*, P. Tonini (a cura di), in *Dir. Pen. E proc.*, 2008, p. 21; e F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, pp. 113-114

⁶³⁵ O. DOMINIONI, *L’ammissione della nuova prova*, cit., p. 22. Anche il G.I.P. di Como accoglie questa impostazione, e riprendendo la posizione di G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 1194, definisce l’art. 189 c.p.p. una norma “introdotta proprio per assicurare l’opportuna flessibilità del sistema processuale in tema di prova scientifica”, garantendo allo stesso tempo un controllo di quelle tecniche “nuove”, che non possono ancora vantare un consenso generalizzato all’interno della comunità scientifica di riferimento.

⁶³⁶ Art. 190 c.p.p, rubricato “diritto alla prova”: “Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente stono superflue o irrilevanti. La legge

della scienza spazzatura.⁶³⁷

Questa opinione maggioritaria, rintraccia nel ricorso all'art. 189 c.p.p. delle problematicità. Innanzitutto viene criticata l'incompatibilità con il principio di legalità⁶³⁸. Si ritiene poi, che l'applicazione dell'art. 189, prevedendo un regime di ammissione a "due velocità" (regola ed eccezione), porterebbe a perdere di vista la visione sistematica dei mezzi di prova.⁶³⁹ Inoltre, si osserva come "l'art. 189 c.p.p. non compia alcuna distinzione tra strumenti o saperi scientifici "nuovi" o "controversi" e saperi scientifici "comuni", ragion per cui sarebbe preferibile applicare alla prova scientifica nuova l'art. 190, co. 1 c.p.p., in forza del quale la prova non autenticamente scientifica dovrà essere dichiarata manifestamente irrilevante".⁶⁴⁰ L'art. 190 richiede infatti che il giudice debba escludere le prove che siano manifestamente irrilevanti o superflue rispetto al *thema probandum* del processo. E' evidente il *favor* dell'art. 190 circa l'ammissibilità delle prove tipiche, rispetto ai requisiti di ammissibilità delle prove atipiche previste dall'art. 189. Questo perché esiste un correlativo del diritto delle parti alla prova, che è il dovere di ammissione da parte del giudice laddove siano soddisfatti i requisiti minimi.⁶⁴¹

stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio. I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio". La parte che rileva ai nostri fini è quella del primo comma, laddove viene stabilito che vengono escluse le prove "vietate dalla legge" e quelle "manifestamente superflue o irrilevanti".

⁶³⁷ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 26

⁶³⁸ V. G. UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 4111-4119. Egli rileva come l'applicazione dell'art. 189 c.p.p. per l'ammissione della nuova prova scientifica si porrebbe in contrasto sia con la legalità processuale, sia con la neutralità metodologica del giudice. Sostiene al contrario, che l'acquisizione di questo tipo di prova debba avvenire con le regole codicistiche relative all'ammissione delle prove tipiche, che sono comunque in grado di ostacolare l'ingresso nel processo della "scienza spazzatura" e di evitare un inutile spreco di tempo per assunzioni probatorie non rilevanti in quanto epistemologicamente inidonee.

⁶³⁹ G. UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 4113.

⁶⁴⁰ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 520

⁶⁴¹ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 26

Quindi, se il metodo innovativo richiede l'esperienza di un mezzo di prova atipico, per la sua ammissibilità dovrà aversi riguardo all'art. 189; se invece il metodo innovativo è richiesto nell'ambito di un mezzo di prova tipico si potrà effettuare un sindacato ex art. 190 relativo ad una valutazione dell'idoneità ad accertare i fatti che si intendono provare.⁶⁴²

Il giudice dovrà quindi sottoporre in ogni caso la nuova tecnica al duplice vaglio: dell'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti (ex artt. 190 o 189); e del rispetto della libertà morale e di autodeterminazione della persona (ex artt. 188 o 189).⁶⁴³

Quanto alle parti, si dice che queste debbano essere "speculari" all'interno del processo, ma sotto il punto di vista della proposizione di "nuove" prove scientifiche, esse non sembrano esserlo, e ciò si percepisce avendo riguardo al filtro che figura nell'art. 533 co. 1 c.p.p.⁶⁴⁴ I concetti di "rilevanza", "idoneità probatoria", e "affidabilità" devono essere intesi ad "intensità variabile", e questa variabilità dipende proprio dal fatto che il ragionevole dubbio previsto dall'art. 533 co. 1 c.p.p. nel caso della difesa deve essere superato in riferimento ad ogni singolo elemento costitutivo del reato, mentre nel caso dell'accusa deve solamente essere sollevato, e questo può essere fatto anche laddove il sapere scientifico che si vuole utilizzare non sia

⁶⁴² E' di questa idea C. CONTI, *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *Scienza e processo penale. Linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, 2010, p. 161.

⁶⁴³ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 520. Per quanto riguarda il vaglio relativo all'idoneità probatoria deve essere fatta una valutazione strettamente connessa al caso concreto. Per quanto riguarda il rispetto della libertà morale della persona, pare doversi escludere l'utilizzo di ipnosi, narcoanalisi e *lie detectors* (macchine della verità), perché rientranti sotto il divieto dell'art. 188 c.p.p. di "influire sulla libertà di autodeterminazione o di alterare la capacità di ricordare o valutare i fatti". Non pochi problemi sono sorti infatti anche attorno all'utilizzo di IAT (Implicit Association Test) e TARA (*Timed Antagonistic Response Alethiometer*). Sul punto, v. L. CAPRARO, *Primi casi "clinici" in tema di prova neuroscientifica*, online: http://www.processopenaleegiustizia.it/materiali/Contenuti/RIVISTE/VECCHIO_SITO/15/articolo_134.pdf, pp. 100-101.

⁶⁴⁴ Art. 533 co. 1 c.p.p. : "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. (...)".

universalmente affidabile. Quindi la minore intensità dell'onere si riflette anche sul grado di affidabilità che occorre ai fini dell'ammissione della prova che si vuole richiedere: la difesa potrebbe far entrare nel processo un sapere che all'accusa invece sarebbe precluso far entrare in aula. Questo perché non può essere ignorato il singolo ruolo che detengono accusa e difesa all'interno della dinamica probatoria, seppur nel principio della parità di armi.⁶⁴⁵

Ciò non vuol dire però che le parti hanno campo totalmente libero: "teorie e tecniche che non siano ontologicamente sottoponibili a tentativi di falsificazione e verifica empirica, oppure che siano proposte da soggetti non in possesso dei necessari requisiti di indipendenza e autorevolezza, non potranno essere ammissibili neppure su richiesta della difesa".⁶⁴⁶ Ciononostante, A. Corda ritiene che una prova scientifica che venga richiesta dalla difesa, seppur controversa sotto alcuni punti di vista, può essere ritenuta comunque ammissibile laddove ottemperi allo specifico fine per cui se ne richiede l'ingresso: sollevare un ragionevole dubbio.⁶⁴⁷ D'altra parte, la sentenza Daubert non ha dato indicazioni precise sull'entità del tasso d'errore che conduce all'inammissibilità della prova, e si ritiene che una tecnica probatoria scientifica che registri un tasso d'errore più

⁶⁴⁵ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., pp. 27-28. Questo principio è stato trattato anche da FRIEDMAN, *Squeezing Daubert Out of the Picture*, in 33 *Seton Hall L. Rev.*, 2003, pp. 1048-1053 (questo ritiene che gli standard stabiliti per l'ammissibilità della prova dovrebbero essere più elastici per la difesa e più rigidi per l'accusa), e da F. PICINALI, *Structuring inferential reasoning in criminal fact finding: an analogical theory*, 2012, in *Law, Probability and Risk* (June-September 2012) 11 (2-3), pp. 197-223. A pp. 219-220: "Lo standard di affidabilità ai fini dell'ammissibilità dovrebbe essere proporzionale allo scopo per cui la *expert testimony* (richiesta dall'accusa) viene fatta entrare nel processo, ossia quello di provare oltre ogni ragionevole dubbio. Tuttavia, se questa affermazione è corretta, allora l'imputato dovrebbe poter impiegare nel giudizio una consulenza tecnica per rigettare l'inferenza relativa ad un determinato oggetto di prova sulla base di un più basso standard di affidabilità, poiché tale *expert testimony* è finalizzata unicamente a sollevare un dubbio ragionevole".

⁶⁴⁶ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 29.

⁶⁴⁷ A. CORDA, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in *Archivio penale*, 2014, n. 4., p. 31

elevato rispetto ad altri, possa essere comunque ammessa quando sia finalizzata a sollevare un ragionevole dubbio in relazione all'innocenza dell'imputato. Generalmente in dottrina si sono contrapposti due orientamenti: uno più rigorista, in base al quale possono essere ammesse solo le prove scientificamente consolidate (ma nonostante parte della dottrina ritenga preferibile abbracciare questa concezione, sono gli stessi fautori di questa tesi che ne identificano un punto di criticità: la pretesa di aver individuato un confine sicuro e stabile che divide “buona” e “cattiva scienza”); l'altro più “realista”, in base al quale si potrebbe tener conto dell'apporto di tecniche non ancora generalmente condivise dalla comunità scientifica.⁶⁴⁸

CAPITOLO V

VIZIO DI MENTE E CARCERE

SOMMARIO:

⁶⁴⁸ Ibidem. V. anche A. SANTOSUOSSO-B BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in *Rass. It. Crimin*, 2012, p. 70 e ss.

1. La malattia psichiatrica in carcere; 2. Considerazioni conclusive.

1. La malattia psichiatrica in carcere

L'incidenza del vizio di mente nel sistema dell'imputabilità non esaurisce i profili di rilevanza che lo stesso può assumere nel nostro ordinamento penale, fondato, come ampiamente noto, su un sistema c.d. di doppio binario: da una parte l'imputabilità come presupposto per la punibilità (*se posso rimproverarti ti punisco*), e dall'altra parte la pericolosità sociale come presupposto per l'applicazione di misure di sicurezza (*se non posso punirti, perché tecnicamente non colpevole, posso comunque difendermi da te se sei persona socialmente pericolosa applicandoti una misura di sicurezza*).⁶⁴⁹

Il problema è che il concetto di pericolosità stessa, nonostante costituisca un parametro che il legislatore penale degli ultimi anni ha utilizzato spesso e in ambiti differenti tra loro⁶⁵⁰, risulta avere dei confini particolarmente labili e, al di là delle varie correnti di pensiero che possono collocarla nell'una o nell'altra categorizzazione, volendo dare alla nozione di "pericolosità" un certo grado di oggettività, si nota come tale concetto sfugga a qualsiasi riscontro empirico reputato

⁶⁴⁹ Per tutti, di recente, G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, 20 luglio 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*. (Testo della relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito dell'incontro di studi "Le misure di sicurezza personali", Scandicci, Villa di Castel Pulci, 3-5 giugno 2015). Questo schema sembra porsi come un'intercessione tra la Scuola classica che riconduce la pena alla libertà di autodeterminazione, e la Scuola positiva che collega invece il determinismo alle misure di sicurezza. Giuliano Balbi ritiene che ciò non è una mediazione tra le due scuole di pensiero: non esiste un punto di compromesso tra la libertà del volere e la sua negazione. Il doppio binario corrisponde semplicemente alle istanze di difesa sociale espresse da uno stato totalitario. Relativamente al doppio binario è prezioso il contributo di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008. Vedi anche M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 novembre 2012, p. 3 ss.

⁶⁵⁰ Agisce sia in positivo (come presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza e per la commisurazione della pena ex art. 133 c.p., essendo una ipotesi qualificata di capacità a delinquere), sia in negativo (come riferimento basilare di alcuni istituti a carattere premiale come ad esempio l'affidamento in prova ai servizi sociali o la detenzione domiciliare).

scientificamente attendibile.⁶⁵¹

La stessa Commissione parlamentare d'inchiesta nel 2010, sollecitava la necessità “*di porre un argine al fenomeno delle proroghe sistematiche basate su una certa dilatazione del concetto di pericolosità sociale: sovente la proroga risulta disposta non già in ragione di una condizione soggettiva di persistente pericolosità, ma per la carenza di un'adeguata offerta di strutture residenziali e riabilitative esterne*”.

Il rapporto tra pericolosità sociale ed infermità di mente pone in evidenza il braccio di ferro tra due forze: da una parte le esigenze di tutela dell'infermo, e dall'altra parte le istanze sociali di difesa e di sicurezza.⁶⁵²

Con riferimento alle prime gioca un ruolo fondamentale il dettato costituzionale: una lettura attenta dell'art. 27 1° co., impone di non punire il reo affetto da vizio di mente, in quanto non essendo consapevole del disvalore dell'azione criminosa, non risulta passibile di rimproverabilità. Sempre l'art. 27 3° co., vincola lo scopo della

⁶⁵¹ Roberto Catanesi, presidente della società italiana di criminologia, ha presentato una Relazione nel corso della conferenza stampa della Sip alla camera dei deputati sulla delicata questione dell'abolizione delle misure di sicurezza e della cancellazione della pericolosità sociale. Catanesi sposta il centro di problematicità dalle strutture psichiatriche in sé per sé considerate, che siano OPG, REMS, libertà vigilata, alla categoria della pericolosità sociale, facendosi portavoce del disincanto relativo al concetto di “pericolosità” che si fa strada tra i vari esperti che di recente si sono battuti per dimostrarne la inafferrabilità ed evanescenza. Inoltre, per un ripensamento della categoria della pericolosità sociale cfr. M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 459 ss. e F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca di autore)*, in *Cultura e diritti*, 2012, 3, p. 93 e ss.

⁶⁵² G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, 20 luglio 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*. Pp. 1-2 : “ In effetti, proprio in ragione della difficoltà di trovare un appagante punto di equilibrio tra le due forze in gioco – da un lato le esigenze terapeutiche e di tutela dell'infermo, dall'altro quelle esponenziali delle istanze di difesa e controllo sociale -, il sistema delle risposte ordinamentali apprestate nei confronti dell'infermo di mente autore di reato costituisce un piano tradizionalmente delicato e difficile, e su cui in qualche modo si gioca una partita dalla posta decisamente elevata, perché mette alla prova l'onestà ideologica di un sistema democratico, la sua capacità di mantenere saldi i principi identitari anche in ambito in cui verrebbe quasi “comodo” eluderli, perché qui i principi – le garanzie fondamentali – devono esser fatti valere a tutela di soggetti frequentemente stigmatizzati dal corpo sociale, percepiti come diversi, non di rado espulsi dalle stesse famiglie di origine, di persone peraltro prive della benché minima merce di scambio politico-sociale, e in nome della cui tutela ben pochi sarebbero disposti a spendersi davvero”.

pena ad una funzione rieducativa, ponendosi così in contrasto con una eventuale misura carceraria che sarebbe meramente afflittiva per il destinatario, e quindi priva di quella necessaria funzione che le è attribuita dalla Costituzione. Infine l'art. 32, imponendo allo Stato di garantire a tutti i cittadini la tutela della salute, si rivolge anche ai soggetti affetti da infermità mentale, bisognosi di un adeguato aiuto terapeutico.⁶⁵³

Non risulta efficacemente compiuto, sino ad ora, un adeguato contemperamento tra l'interesse di tutela dell'infermo e la necessità di assicurare una sicurezza collettiva. Si rintraccia nella politica penale un'evidente inclinazione della bilancia verso la pretesa di sicurezza, conseguente alla ineluttabile presa d'atto che pochi sarebbero disposti a battersi davvero per le garanzie di un corpo sociale, come quello degli infermi di mente, che viene spesso emarginato e posto ai confini dell'interesse sociale.⁶⁵⁴

Un passo avanti è di certo stato compiuto con il decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, convertito con la l. 81/2014⁶⁵⁵. Nonostante sia nato come l'ennesimo provvedimento di proroga della chiusura degli OPG (prevista per il 1 aprile 2014 dal c.d. decreto "svuota carceri" – D.L. 211/2011) adottato dal governo per far fronte alla complessità di realizzazione delle strutture destinate ad accogliere le persone sottoposte a misura di sicurezza, le nuove disposizioni si fanno interessanti grazie anche a delle modificazioni apportate al decreto

⁶⁵³ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, 20 luglio 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁶⁵⁴ *Ibidem*. Basti guardare all'ispezione a sorpresa effettuata nell'OPG di Barcellona Pozzo di Gotto (ME) nel 2010 che ebbe esiti particolarmente disastrosi: si rintracciò una mole di personale estremamente inadeguata di fronte ai 329 degenti: un solo medico (nemmeno psichiatra), due infermieri, un educatore e quarantacinque agenti di polizia penitenziaria.

⁶⁵⁵ Legge 30 maggio 2014, n. 81. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante disposizioni urgenti in materia di superamento degli OPG. L'iter normativo che precede tale legge è ripercorribile in P. DI NICOLA, *La chiusura degli opg: un'occasione mancata*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 4 e ss. Vedi anche F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi; la riforma di cui alla legge n. 81/2014*.

legge in sede di conversione.

Innanzitutto è rassicurante la fissazione del principio di sussidiarietà delle misure di sicurezza del ricovero nelle Case di cura e di custodia e negli Ospedali psichiatrici giudiziari, che risulta in linea con il contenuto e la ratio delle rilevanti importanti sentenze costituzionali intervenute in materia,⁶⁵⁶ e in particolare, con l'inserimento nella prima parte della lett. b) del primo comma dell'art. 1 del d.l. 52/2014 convertito, del seguente principio: *“il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate a fare fronte alla sua pericolosità sociale (...)”*. Il periodo continua poi così *“(...)Il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. (...) Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”*. In questo modo viene maggiormente individualizzata, in relazione al caso concreto, la misura di sicurezza che si andrà ad applicare.⁶⁵⁷ Nello stessa direzione si colloca anche l'art. 1 comma 1-ter del d.l. n. 52 del

⁶⁵⁶ In particolare la 367/2004 sancisce l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 del codice penale (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale. Si rintracciava in primis una violazione dell'art. 32 della Costituzione, e per far emergere ciò basta leggere degli estratti della relazione della Commissione parlamentare del 2011: a Barcellona Pozzo di Gotto si avverte ovunque *“un lezzo nauseabondo per la presumibile presenza di urine sia sul pavimento sia sugli effetti lettercci”*. E ancora a Reggio Emilia: *“inesistenza di attività educative o ricreative e sensazione di completo e disumano abbandono”* o *“contenzione di persone nude, legate a letti, anche metallici, con strette legature a mani e piedi, che impediscono ogni movimento”*; a Montelupo Fiorentino servizi igienici *“luridi, con urine sul pavimento e cattivo odore che si avverte in molti ambienti”*.

⁶⁵⁷ <http://www.altalex.com/documents/leggi/2014/06/04/ospedali-psichiatrici-giudiziari-legge-di-conversione-del-dl-81-2014> .

2014⁶⁵⁸, il quale prevede che per i pazienti cui sia stata riconosciuta una persistente pericolosità, il programma deve documentare in modo puntuale le ragioni alla base dell'eccezionalità e la transitorietà del prosieguo del ricovero. Pericolosità che viene confermata solo in presenza di un alto tasso di rischio di recidiva, tale da poter essere arginato solo ricorrendo ad una misura detentiva.⁶⁵⁹

Inoltre, la riforma del 2014 rileva anche per una rassicurante apposizione del limite di durata delle misure di sicurezza personali detentive. L'art. 1 co. 1-quater d.l. n. 52 del 2014 stabilisce la regola per cui *“Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'art. 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo”*.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Art. 1 comma 1-ter del d.l. n. 52 del 2014: “I percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissione di ciascuna delle persone ricoverate negli ospedali psichiatrici giudiziari alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, di cui ai commi 5 e 6 dell'articolo 3-ter del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, e successive modificazioni devono essere obbligatoriamente predisposti e in inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziarie entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. I programmi predisposti e inviati al Ministero della salute e alla competente autorità giudiziaria entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. I programmi predisposti dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano attraverso i competenti dipartimenti e servizi di salute mentale delle proprie aziende sanitarie, in accordo e con il contributo delle direzioni degli ospedali psichiatrici giudiziari. Per i pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale, il programma documenta in modo puntuale le ragioni che sostengono l'eccezionalità e la transitorietà del ricovero”.

⁶⁵⁹ A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2., p.14

⁶⁶⁰ <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2014/05/31/14A04143/sg> . Cfr. G. L. GATTA, *Aprire le porte agli internati”*. *Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure di sicurezza in corso, a noi non sembra)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6 giugno 2014; ID., *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo*

Non si poteva infatti continuare con una privazione della libertà personale potenzialmente anche eterna, svincolata da ogni genere di considerazione ulteriore rispetto a quel vaglio della pericolosità che risulta spesso inevitabilmente incerto e talvolta arbitrario⁶⁶¹, nonostante ci si muova all'interno di un sistema penale che dovrebbe portare gli standard di certezza, uguaglianza, proporzione e legittimità.⁶⁶² Si è voluto in questo modo edificare un argine legislativo volto a controllare il dilagante fenomeno degli “ergastoli bianchi” e del “fine OPG mai”.

Un intervento di questo genere porta anche a ridimensionare il paradosso per il quale la commissione di un reato, ed il conseguente ricovero in un luogo degradante come l'OPG rappresenti tutto sommato il male minore per i soggetti affetti da vizio di mente, privi all'esterno di un'adeguata rete sociale idonea ad accoglierli e sostenerli.⁶⁶³

L'alternativa prospettata a fronte della chiusura degli OPG è quella

provvedimento,

http://www.ristretti.it/commenti/2014/giugno/pdf4/articolo_gatta.pdf, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. Pen proc*, 2014, pp. 927-928 ss.

⁶⁶¹ V. M. T. COLLICA, *La prova dei fatti psichici*, cit., p. 33. Inoltre, secondo la Collica, risulta vacillante anche la richiesta che si rivolge al perito circa la valutazione della pericolosità sociale, concetto ritenuto “meramente intuitivo”, fondato su una categoria giuridico-penale che già in sé risulta infondata scientificamente (vedi l'indeterminatezza dei criteri di cui agli artt 133 c.p. e 236 c.p.p). E' per questo che M.T. Collica profila due vie d'uscita da questo imbrigliamento: o, adottando una soluzione più radicale, si abbandona del tutto il riferimento alla pericolosità sociale e ci si riferisce ad altri presupposti come ed es. “il bisogno di trattamento o di cura”; oppure si deve basare l'analisi riguardante la pericolosità su un giudizio di portata più ampia (prendendo in considerazione ad esempio la situazione familiare o lavorativa), abbandonando una scelta secca del perito, così come se fosse una valutazione determinabile in via automatica. Sulle perplessità relative alla valutazione della pericolosità sociale v. F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 98 s.

⁶⁶² G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, 20 luglio 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*. Il concetto stesso di infermità di mente, dalla quale poi deriva l'accertamento della pericolosità, si mostra in tutta la sua incertezza, come una piccola barca dentro la tempesta di correnti e opinioni medico-giudiziarie. Di conseguenza, l'applicazione o meno delle misure di sicurezza (come anche il proscioglimento o la condanna dell'imputato), finiscono per dipendere dalla scuola di pensiero seguita dal perito psichiatra che viene nominato dal giudice.

⁶⁶³ A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2.

dell'apertura di apposite strutture per l'esecuzione delle misure di sicurezza, le REMS ⁶⁶⁴(Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza), che si fondano sul duplice principio di territorializzazione e sanitarizzazione del trattamento dei soggetti internati ^{665 666}.

È una riforma che da più parti è stata ritenuta ambigua già in radice: scompaiono gli OPG, ma di fatto rimane intatta la misura di sicurezza del ricovero in OPG, almeno fin quando il nuovo sistema non sarà concretamente attuato. Si tratta poi pur sempre di una misura di sicurezza custodiale, che si porta dietro tutti i suoi effetti stigmatizzanti, ineliminabili in quanto intrinseci alla misura stessa. Qualcuno ha intravisto nelle REMS il rischio di un semplice *maquillage* degli OPG ⁶⁶⁷, ottimo di facciata, ma bugiardo negli esiti: queste nuove residenze sarebbero degli OPG semplicemente più

⁶⁶⁴ Operate ai sensi delle leggi nn. 57/2013 e 81/2014

⁶⁶⁵ A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2.

⁶⁶⁶ *Gli OPG chiudono, aprono le REMS. Una svolta?*, intervista al dott. Giuseppe Ducci, direttore del Dipartimento di Salute Mentale della ASL Roma E, da parte di Giusy Brega, 1 aprile 2015, in http://www.lultimaribattuta.it/23137_gli-opg-chiudono-aprono-le-rems, riguardo al confronto OPG-REMS si esprime così «*Negli Opg, come in tutte le istituzioni, il numero elevato di internati tende ad eliminare l'individualità del percorso di cura delle persone e a massificare per la necessità di mantenere un contesto di regole. Le Rems, essendo più piccole, dovrebbero anche riuscire a personalizzare i percorsi di cura e quindi essere in questo senso più terapeutiche di quanto non siano stati gli Opg. Però tutto questo è assolutamente da verificare perché, anche in questo caso, ci distinguiamo per il fatto di aver fatto una cosa unica al mondo. All'estero esistono ospedali psichiatrici giudiziari più moderni, più civili, più rispettosi anche delle persone. In queste strutture, poi, avvengono anche differenziazioni di percorso. Mentre nelle Rems queste differenziazioni di percorso (anche rispetto alla tipologia diagnostica, le caratteristiche della persona) non esistono. E questo rappresenta un grosso punto interrogativo. Non so se le Rems funzioneranno rispetto alla "cura". Non so neanche se funzioneranno bene rispetto alla "custodia". Perché non abbiamo modelli ai quali fare riferimento. Siamo noi ad innovare, sulla base di presupposti un po' discutibili. Detto questo, è evidente che dobbiamo farle funzionare. E cercheremo di farlo nel miglior modo possibile*». Inoltre, per capire cosa realmente cambia tra OPG e REMS vedi <http://www.news-forumsalutementale.it/cosa-cambia-nel-dopo-opg/>.

⁶⁶⁷ Così è stato ad esempio per quanto riguarda l'OPG di Castiglione delle Stiviere, che è diventato REMS mediante un mero cambiamento di etichetta. Si segnala <http://www.news-forumsalutementale.it/la-carta-dei-servizi-di-castiglione-delle-stiviere/> per una visione della "carta dei servizi" di questa "REMS", che fornisce informazioni pratiche come le indicazioni sugli orari dei pasti, la regolamentazione dell'uso del telefono o della posta, etc. Vedi G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, 20 luglio 2015, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 16

attenti al rispetto del principio di territorialità.⁶⁶⁸ Il progetto delle REMS in realtà sembrerebbe essere profondamente innovativo e piuttosto convincente, prevedendo un approccio orientato ad istanze terapeutiche e di risocializzazione.⁶⁶⁹

Proprio in questa innovatività, tuttavia, il progetto trova il suo limite: l'attuazione si pone di difficile portata.⁶⁷⁰ Il Paese non è pronto, non ci sono le strutture da adibire, e si spediscono gli esseri umani come “pacchi” da una regione all'altra, andando alla ricerca di quelle entità territoriali che hanno in un modo o nell'altro cercato di dare già attuazione al progetto REMS (ad esempio adibendo appositamente determinate aree del carcere), seppur non ancora del tutto conformemente al modello normativo. E' per questo che gli OPG non riescono a chiudere: è ancora incerto dove andare a destinare gli internati socialmente pericolosi per i quali non sia trascorso il limite del massimo edittale. Il problema vero è che gli OPG non chiudono e le REMS non aprono, e ciò succede a fronte dell'inadeguatezza del nostro Paese rispetto a progetti come questo.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Cfr. ad esempio S. CECCONI, G. DEL GIUDICE, P. GONNELLA, *Chiusura Ospedali Psichiatrici Giudiziari: superare ritardi ed incongruenze*, in www.stopopg.it, o www.psichiatriademocratica.com, *Chiudere gli ospedali psichiatrici giudiziari, superare le REMS: le proposte di Psichiatria Democratica per governare il cambiamento*.

⁶⁶⁹ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, cit., p. 17. Ciò emerge dall'allegato A) del Decr. Min. Sanità del 1/10/2012: ogni struttura deve essere deve possedere adeguati spazi verdi esterni e ospitare massimo venti internati, divisi in camere singole o doppie, solo eccezionalmente quadruple, dotate di bagni separati e di arredi e attrezzature tali da garantire “sicurezza, decoro e comfort”. Oltre a queste camere confortevoli è prevista la predisposizione di locali comuni (come cucine, lavanderie, ecc.), e locali preposti ad occupare attività sanitarie. Inoltre la mole di personale deve essere adeguata allo scopo delle strutture stesse: 12 infermieri, 6 operatori socio-sanitari, 2 medici psichiatri, 1 educatore e 1 assistente sociale. Si vede in questo progetto la profonda divergenza rispetto a quelle strutture che sono state oggetto di inchiesta e che hanno fatto emergere situazioni disastrose.

⁶⁷⁰ Cfr. P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in *Diritto penale contemporaneo*, 21 marzo 2015.

⁶⁷¹ G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, cit., p. 17. E' incerto cosa avviene dopo la chiusura degli OPG, e questo clima di dubbio è diffusamente avvertito. Ci sono stati numerosi incontri, convegni, articoli, che hanno trattato questo tema. Si prenda ad esempio il convegno proposto da Bruno Mellano (Garante delle persone sottoposte a misure restrittive della libertà personale della regione Piemonte) “Cosa c'è dopo gli OPG?” che si è tenuto il 6 agosto 2015, o ancor più di recente un'iniziativa svolta a Torino il 21 settembre 2015 presso la caserma Lamarmora “Chiudere gli OPG. E poi?”

E infatti è stata inviata in data 13 ottobre 2015 dal comitato stopOPG nazionale una richiesta di incontro al Sottosegretario alla Salute, on. Vito de Filippo (Presidente dell'Organismo di Coordinamento del processo di superamento degli OPG) a fronte di una situazione di impasse che vede, a sei mesi dal 31 marzo 2015 (data fissata dalla legge per la chiusura degli OPG), alcune strutture ancora aperte. In particolare, il capo del DAP ha illustrato questa situazione: 200 persone sono ancora internate nei 5 manicomi giudiziari superstiti (Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli, Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto); altre 235 persone sono internate a Castiglione delle Stiviere (ex OPG, ora diventato REMS mediante un semplice "cambiamento di targa"); 169 persone si trovano nelle Rems di nuova formazione (non derivanti da un mero cambio di etichetta dell'OPG). Non è ancora noto invece quante siano le persone destinatarie di una misura di sicurezza non detentiva, che dovrebbe essere la norma e non l'eccezione per garantire la cura e la riabilitazione delle persone, come prescrive la legge 81/2014.⁶⁷²

Certo, con la chiusura degli OPG e l'apposizione di un termine massimo di durata per le misure di sicurezza detentive le cose sono, almeno formalmente, cambiate.

2. Considerazioni conclusive

Ma non sempre il cambiamento è sinonimo di miglioramento.

Una volta superato il nodo "OPG", il problema che si prospetta diventa un altro: bisogna capire se la chiusura degli OPG e la contestuale istituzione delle REMS risolve effettivamente il problema trattamentale dell'infermo di mente, o se piuttosto il nuovo sistema sia

⁶⁷² Per consultare il testo completo della lettera http://www.stopopg.it/system/files/2015_10_stopOPG_lettera%20de%20filippo.pdf. I firmatari sono Stefano Cecconi, Giovanna del Giudice e Patrizio Gonnella.

esposto ad incontrollabili effetti collaterali, tutt'altro che auspicabili.

Il superamento degli OPG è sufficiente per arrivare a capo di una questione estremamente complessa e delicata? E' sufficiente ad eliminare le problematiche che aleggiano intorno alla destinazione da riservare e al trattamento da destinare agli infermi di mente autori di reato ? ⁶⁷³

Il problema non è solo negli OPG, e ora nell'effettivo successo delle REMS, ma grandi oscurità si possono individuare anche nel carcere stesso. Ed è particolarmente importante rendersi conto di ciò se non si vuole relegare il ruolo che ha avuto la recente riforma che ha portato al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari ad un semplice tassello del puzzle più ampio che raffigura la problematica e mesta posizione degli infermi di mente autori di reato all'interno del sistema penale e penitenziario italiano.

È particolarmente importante considerare come il trattamento sanitario intramurario riservato agli infermi di mente che si trovano all'interno del carcere, nonostante siano "malati", sia troppo spesso inadeguato o addirittura negato.

Non tutti gli infermi di mente si trovano, o confluiscono, negli OPG/ora REMS.

Innanzitutto, come già accennato, per gli infermi di mente possono aprirsi le porte del carcere anche a causa della temporanea (si spera) inattuabilità del progetto REMS: non ci sono strutture alle quali affidare coloro che vengono liberati dagli OPG, e si è cercato di ottemperare a questa mancanza anche ricorrendo ad una soluzione carceraria. In Toscana, ad esempio, si era prospettata l'idea di

⁶⁷³ Il comitato stopOPG non ha esaurito la sua attività il 31 marzo 2015, ma continua ancora oggi la sua mobilitazione. L'appello che si rivolge a gran voce è quello di chiudere davvero gli Ospedali Psichiatrici Giudiziari, il che vuol dire evitare che al posto degli OPG si ripropongano nuove strutture manicomiali camuffate. Bisogna investire risorse finanziarie e personali nei servizi del territorio e nei Dipartimenti di Salute Mentale, per una buona assistenza socio sanitaria e buone pratiche per la salute mentale, e nominare un Commissario nelle regioni inadempienti con la l. 81/2014. Per consultare i motivi per i quali continua la mobilitazione stopOPG nonostante la legge che segna il definitivo superamento degli OPG, consultare <http://www.stopopg.it/node/1240>

trasmutare in REMS una parte del carcere di Sollicciano. Di preciso, la Giunta Regionale avrebbe deliberato di costituire la REMS a vigilanza rafforzata presso un'ala dell'istituto penitenziario Mario Gozzini di Firenze (chiamato più comunemente "Solliccianino", perché limitrofo al più grande e conosciuto Sollicciano), mettendo d'accordo amministratori regionali e locali, magistratura e PRAP. Questa sistemazione era già stata proposta nel 2010, ma se prima poteva essere ritenuta accettabile, ora non lo è più alla luce dei nuovi principi espressi dalla legge 81/2014. Infatti, un istituto connotato da caratteri fortemente detentivi, mal si concilia con il principio di necessaria "sanitarizzazione" delle strutture che viene stabilito dalla riforma del 2014, volto ad assicurare agli infermi di mente che devono vivere in condizioni di restrizione della libertà, un trattamento medico adeguato.⁶⁷⁴

Ma oltre alle problematiche di carattere strettamente logistico, la scomoda presenza in carcere di persone inferme di mente, che spesso e a ragione fa parlare di "emergenza psichiatrica", è dovuta a ragioni giuridico-sociali di varia natura:

- 1- perché il vizio di mente che rende un soggetto infermo è di un genere tale che non ha potuto condizionare la commissione del reato.
- 2- il giudice può trovare difficoltà nello stabilire quando una patologia abbia una rilevanza tale da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere del soggetto, dovendosi confrontare con valutazioni di infermità piuttosto sfuggenti.⁶⁷⁵ Nel tentativo di definire il concetto di infermità, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ampliato la nozione di vizio di mente (nella celebre sentenza Raso), aprendosi all'inclusione all'interno di tale categoria anche dei "disturbi della personalità" (Il DSM-V li definisce come : "*modello di*

⁶⁷⁴ <http://www.news-forumsalutementale.it/dall'opg-al-carcere-non-e-cosi-che-si-chiude-montelupo/>

⁶⁷⁵ DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP* n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf ., p. 61.

esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative relative alla cultura dell'individuo”). In questo modo i giudici si mostrano più cauti nel concedere l'esclusione o la diminuzione della punibilità per quei soggetti definibili border-line, con la triste conseguenza di riempire i carceri di infermi di mente.

3- E' poi problematico l'accertamento della pericolosità sociale, presupposto fondamentale dell'applicazione della misura di sicurezza, che non è un concetto desumibile dalla sola malattia mentale, ma richiede valutazioni più che altro di natura criminologica.

4- Si intravede infine un clima di generalizzato sfavore nei confronti delle misure di sicurezza custodiali, il che conduce ad un eccesso di prudenza nel riconoscimento del vizio di mente.

In questo modo non si passa dagli OPG alle REMS, ma piuttosto dalla REMS al carcere. Il risultato sarebbe quello di meno internati e più detenuti, spostando dall'ospedale psichiatrico giudiziario al carcere il "trattamento" di quei soggetti ritenuti responsabili nonostante siano portatori di problemi di natura psichiatrica, tant'è che gli esperti, come già accennato, parlano di una vera e propria "emergenza psichiatrica" all'interno dei penitenziari italiani.⁶⁷⁶ Tale criticità, era chiara già al legislatore della legge 354/75 laddove all'art. 11 si stabilisce che ogni istituto penitenziario deve avvalersi dell'opera di almeno un esperto in psichiatria, imponendo quindi all'Amministrazione penitenziaria di organizzare un servizio psichiatrico intramurario efficace, in grado di assicurare sia una gestione delle reazioni ansiose o depressive generate dall'arresto e dall'incarcerazione, sia un trattamento di forme psicopatologiche più gravi che spesso sono già in carico ai servizi territoriali, ma che ovviamente devono essere trasferiti in istituto.

⁶⁷⁶ A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte Costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2. Vedi DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP*, n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria. Evoluzione della tutela della salute in carcere*, 60.

Anche a livello europeo viene individuata una forte crescita della popolazione detenuta con patologie psichiatriche. Si può trovare prima una valutazione del fenomeno nella “Dichiarazione” e nel “Piano di azione sulla salute mentale per l’Europa” (Helsinki, 2005), nei quali si sottolinea la necessità di “*offrire servizi alle persone con bisogni di salute mentale che si trovino in contesti non specialistici come ad esempio ospedali generali o carceri*”, e di “*offrire attività efficaci per la promozione mentale dei gruppi a rischio*”. Ancor più specifica è la “Risoluzione del parlamento europeo sul miglioramento della salute mentale della Popolazione. Verso una strategia sulla salute mentale per l’Unione europea.” Che si esprime in tal modo: “*circa il 40% di tutti i detenuti soffre di disturbi mentali; che rispetto alla persone che vivono in comunità, i detenuti sono fino a sette volte più esposti al rischio di commettere suicidio e che, se inadeguata, la detenzione può aggravare i disturbi e pregiudicare la riabilitazione*”. Inoltre il Parlamento Europeo ritiene che “*il carcere non sia un ambiente adeguato per quanti soffrono di malattie mentali, e occorre proporre delle alternative*”.⁶⁷⁷

Quindi non si tratta solo di evitare che gli OPG diventino dei “mini-OPG” mediante un mero scambio di etichette, ma bisogna anche stare attenti ad evitare una confusione tra la popolazione dei detenuti e quella degli internati.⁶⁷⁸

E’ importante quindi prendere coscienza del fatto che, per usare un’espressione di Castiglione, “non sempre basta aprire le porte per liberare i prigionieri”.

Aprire le porte degli OPG non equivale quindi a risolvere il problema, che spesso si radica nel carcere. E tra l’altro il problema non risiede solo nel fatto in sé per sé considerato che infermi di mente finiscano

⁶⁷⁷ D. MOTTO – S. CARRONI, ecc., *Scarcerando. La salute mentale tra carcere e territorio.*, Franco Angeli, Milano, 2008.

⁶⁷⁸ A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l’eterna dialettica tra “cura” e “custodia” nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza*, in corso di pubblicazione.

all'interno di istituti penitenziari, ma anche nel trattamento che essi sono destinati a ricevere all'interno di questi. E' così che i "malati mentali" si trovano a scontare una doppia pena, da una parte la privazione della libertà come conseguenza del reato, e dall'altra parte la loro malattia, che mal si adatta all'istituzione penitenziaria.⁶⁷⁹ Ad esempio, sono numerosi i fenomeni di autolesionismo che si verificano all'interno delle carceri ad opera di oggetti con un profilo mentale instabile, ma non solo. I soggetti con disturbi psichici entrano più facilmente in conflitto con altri detenuti, sono solitamente emarginati o maltrattati, e c'è il rischio di difficoltà gestionali perché sono frequenti i comportamenti aggressivi, polemici o ricattatori, che rendono necessaria una continua assistenza.⁶⁸⁰

Un miglioramento del servizio reso nel settore della salute mentale potrebbe avere un ruolo decisivo in questa partita.

Sarebbe opportuno coinvolgere a questo fine tutti coloro che sono chiamati a provvedere alle esigenze dei detenuti, ovvero polizia penitenziaria, educatori, medici, infermieri, psicologi e psichiatri. Questi dovrebbero volgere la loro attività ad un programma che punti sulla persona umana, rendendo più significativa la giornata del malato psichico attraverso proposte trattamentali adeguate e strumenti come arte, sport, o teatro.⁶⁸¹

Importante a tal fine è l'entrata in vigore del "Progetto Obiettivo per la Salute Mentale in ambito penitenziario"⁶⁸², emanato in attuazione della riforma della medicina penitenziaria⁶⁸³, il quale è orientato nel

⁶⁷⁹ DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP* n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, p. 59. Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf

⁶⁸⁰ Cfr. F. DE FERRARI- C. A. ROMANO, *Sistema penale e tutela della salute*, Giuffrè, 2003.

⁶⁸¹ DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP* n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, p. 62. Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf

⁶⁸² Consultabile online: http://www.salute.gov.it/imgs/c_17_pubblicazioni_558_allegato.pdf

⁶⁸³ V. d.lgs. 22 giugno 1999, n. 230.

senso di mantenere una costante collaborazione tra istituto penitenziario e Dipartimenti di salute mentale territoriali.

Tale obiettivo trova però una risposta normativa adeguata solo recentemente, con l'approvazione del D.P.C.M n. 126 del 1 aprile 2008 ⁶⁸⁴, che sancisce il passaggio della sanità penitenziaria dal Ministero della Giustizia al Ministero della salute, stabilendo ancora una volta la necessità di operare in stretta connessione con il territorio per affrontare i problemi di salute, di cura e di riabilitazione delle persone. E' impensabile che il carcere possa assolvere alla funzione di difesa sociale se non si riesce a restituire al "mondo esterno" una persona risocializzata mediante tecniche terapeutico-riabilitative adeguate. E' per questo, ma anche e soprattutto per garantire il rispetto della dignità umana e di altri diritti costituzionalmente sanciti (come poter partecipare ad una società guarita dai pregiudizi che potrebbe, in caso contrario, porre ostacoli al reinserimento), che il carcere non deve più essere considerato un luogo di discarica sociale dove convogliare malati mentali affetti da disturbi che mal si adattano all'istituzione penitenziaria, ma deve tendere ad un percorso di ricostruzione dell'integrità del condannato in vista di una reintegrazione sociale. Per far sì che questo obiettivo venga raggiunto è necessario coinvolgere l'operato di più fronti: l'Amministrazione Penitenziaria, i Dipartimenti di salute mentale, il Volontariato, gli enti Locali, ed i nuclei familiari deputati ad accogliere il detenuto una volta in libertà.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴

Consultabile

online:

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2008/05/30/08A03777/sg>. Riguarda "Modalità e criteri per il trasferimento al Servizio sanitario nazionale delle funzioni sanitarie dei rapporti di lavoro, delle risorse finanziarie e delle attrezzature e beni strumentali in materia di sanità penitenziaria". Questo provvedimento, ha portato alla regionalizzazione del sistema di assegnazione degli internati agli ospedali psichiatrici giudiziari, in ragione del fatto che operando nel territorio del soggetto interessato, è possibile garantire l'interazione con i familiari, le istituzioni locali, il contesto di provenienza ed i rappresentanti del volontariato.

⁶⁸⁵ DE ANGELIS, *Il disagio mentale in ambiente penitenziario: strategie e competenze della polizia penitenziaria*, in *Quaderni ISSP* n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf, p. 73.

Solo “lavorando insieme” si potrà perseguire il fine della qualità della vita negli istituti di prevenzione e pena, in linea con gli obiettivi sanciti dalla nostra carta costituzionale e ribaditi dalla riforma sanitaria penitenziaria: *salute, sicurezza e recupero sociale*.⁶⁸⁶

In particolare, i principi costituzionali che vengono intaccati da questa preoccupabile “emergenza” psichiatrica sono quelli sanciti dagli artt. 27 e 32 Cost.⁶⁸⁷

L’art. 32 tutela il diritto alla salute⁶⁸⁸, e al primo comma esprime il seguente principio: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti*”. Anche la giurisprudenza si è spesso pronunciata sul tema, stabilendo che il diritto alla salute va garantito a qualsiasi cittadino, anche se sottoposto a misure restrittive della libertà personale, sempre nel rispetto dell’art. 13 Cost.⁶⁸⁹ La Corte costituzionale, a riguardo, ha stabilito che “*il diritto alla salute,*

⁶⁸⁶ G. SALERNO, *Il ruolo della Polizia Penitenziaria nella gestione del detenuto affetto da disturbi mentali*, in *Quaderni ISSP n. 11, Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf , p. 137

⁶⁸⁷ Vedi G. SALERNO, *Il ruolo della Polizia Penitenziaria nella gestione del detenuto affetto da disturbi mentali*, in *Quaderni ISSP n. 11, Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf , pp. 124 ss

⁶⁸⁸ Salute che viene definita dall’Organizzazione Mondiale della Sanità come “*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*”, che “*non consiste soltanto nell’assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali in ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale. I governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli*” . Vedi le Direttive fondamentali stabilite dalla conferenza internazionale della sanità a New York nel 1946, riprese dalla Organizzazione Mondiale della Sanità.

⁶⁸⁹ Art. 13 Cost., “1. La libertà personale è inviolabile. 2. Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. 3. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l’autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all’Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. 4. È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. 5. La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.”

così come garantito dalla Costituzione italiana, è anche il diritto alla salute della persona detenuta”.⁶⁹⁰

La tutela della salute con riguardo alla persona reclusa assume rilevanza anche in relazione all’art. 27 Cost, che al terzo comma stabilisce il principio di umanizzazione della pena e quello della necessaria funzione rieducativa della sanzione penale.⁶⁹¹ In questo modo viene imposta una concezione della pena attenta ai bisogni umani del soggetto condannato, in vista del suo possibile reinserimento sociale.⁶⁹²

⁶⁹⁰ Sent. Corte Costituzionale n. 175/82.
<http://www.giurcost.org/decisioni/1982/0175s-82.html>

⁶⁹¹ Art. 27, terzo comma, Cost. : *“Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”*.

⁶⁹² G. SALERNO, *Il ruolo della Polizia Penitenziaria nella gestione del detenuto affetto da disturbi mentali*, in *Quaderni ISSP* n. 11, *Riforma della sanità penitenziaria, evoluzione della tutela della salute in carcere*, 2012, Online: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Quaderni_ISSP_n._11.pdf , p. 137

C. BRUNETTI – M. ZICCONI, *Diritto penitenziario*, Simone, 2010.