

Il controverso rapporto tra colpevolezza e imputabilità e l'applicazione della regola "in dubio pro reo" anche nel giudizio sulla capacità di intendere e di volere. Imputabilità e neuroscienze.

The controversial relationship between guilt and imputability and the application of the "in dubio pro reo" rule also in the judgment on the capacity to understand and will.

Imputability and neurosciences.

Stefano Di Pinto

Docente a contratto di Diritto penale nel Master Interfacoltà di II Livello in Scienze Forensi (*Criminologia – Investigazione – Security - Intelligence*) dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. Il principio di colpevolezza e la funzione della pena. La contrapposizione tra la Costituzione repubblicana e il Codice Penale. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza. – 2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza: i riflessi delle due diverse impostazioni sull'inquadramento dogmatico della imputabilità. – 3. Nozione e contenuto sostanziale dell'imputabilità. Fatto del non imputabile e misura di sicurezza: l'art. 85 c.p. I rapporti tra la capacità di intendere e di volere ed i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p. - 4. L'intossicazione cronica e l'imputabilità del tossicodipendente: l'art. 95 c.p. – 5. Rapporti tra imputabilità e reato nel Codice penale vigente. - 6. Il termine "colpevole" e l'imputabilità dell'agente. La fondamentale differenza fra il sistema del Codice 1930 e quello della Costituzione. – 7. L'art. 88 c.p. e i rapporti tra infermità e malattia. - 8. Il soggetto cosiddetto "borderline" e la sentenza "Raso" delle Sezioni Unite sui disturbi della personalità. Il dubbio sulla tesi del nesso eziologico. I recenti arresti giurisprudenziali. – 9. L'art. 43 c.p. e gli eventi mentali (rappresentazione e volizione). L'errore condizionato del soggetto incapace. – 10. La supposizione erronea della sussistenza di una scriminante. – 11. L'applicazione del principio "In dubio pro reo" anche per l'imputabilità. – 12. Imputabilità e neuroscienze. – 13. L'imputabilità tra norma penale e *neuroimaging*. - 14. Neuroscienze ed accertamento dell'elemento soggettivo del reato.

ABSTRACT

Il presente studio affronta alcuni profili dei problemi di fondo della colpevolezza, e più in particolare il rapporto fra imputabilità, colpevolezza e pena, nonché il rapporto sistematico fra colpevolezza ed elementi fondamentali dell'illecito penale, così riprendendo e riapprofondendo tematiche più o meno remote, che pur tuttavia meritano un ripensamento ed una profonda

considerazione. L'autore si sofferma, altresì, sulla questione dell'applicazione della regola "in dubio pro reo" anche nel giudizio di imputabilità, ritenendo condivisibile, in caso di insuperabile dubbio (ragionevole) sulla capacità di intendere e di volere, la soluzione giurisprudenziale dell'assoluzione ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p.. Infine, gli ultimi tre paragrafi sono dedicati al riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio penale e di imputabilità e nella valutazione dell'elemento soggettivo del reato.

The present study addresses some profiles of the basic problems of guilt, and more particularly the relationship between imputability, guilt and punishment, as well as the systematic relationship between culpability and fundamental elements of the criminal offence, thus taking up and re-exploring more or less remote themes, which nevertheless deserve rethinking and profound consideration. The author also focuses on the question of the application of the "in dubio pro reo" rule also in the judgment of imputability, deeming acceptable, in case of insurmountable reasonable doubt about the capacity to understand and will, the jurisprudential solution of full acquittal pursuant to art. 530, paragraph 2, code of criminal procedure.

Finally, the last three paragraphs are dedicated, respectively, to the recognition of the role of neuroscience in criminal judgment and imputability, and in the evaluation of the subjective element of the crime.

1. Il principio di colpevolezza e la funzione della pena. La contrapposizione tra la Costituzione repubblicana e il Codice Penale. La costituzionalizzazione del principio di colpevolezza.

Genericamente, si può osservare come il termine colpevolezza sia utilizzato nel linguaggio giuridico italiano in una duplice accezione: da un lato quale sinonimo di *reità* (senso accolto dalla Costituzione, art. 111, comma 4, e dal Codice di Procedura Penale, art. 273, in cui l'espressione colpevolezza è utilizzata per indicare la responsabilità di un soggetto rispetto alla commissione del fatto tipico punibile) dall'altro come *complesso degli elementi soggettivi su cui si fonda la responsabilità penale* (sia nel Codice Penale del 1930, sia, ancor di più, nel diverso assetto della Costituzione del 1948, ricostruito dalla lettera delle sue norme, innanzitutto gli artt. 25, comma 2, e 27, commi 1, 3 e 4).

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

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

Il brocardo latino, racchiuso nella scultorea espressione *nullum crimen sine culpa*, staglia con grande efficacia una prima insopprimibile esigenza del diritto penale moderno: nell'ordine razionale del diritto penale giusto, l'elemento psichico-colpevolezza (ma nel codice penale sarebbe forse più cauto dire: il nesso soggettivo di imputazione), esprime, con la massima concisione possibile, la somma dei presupposti della responsabilità penale, dato che questa, appunto in quanto giuridica e penale, è una responsabilità che postula una offesa (ingiusta) dolosamente o colposamente commessa, ossia un autentico disvalore personale che si oggettivizza nella forma di un fatto intersoggettivo dannoso o pericoloso¹.

Nel codice del 1930, perché sussista un reato, l'evento dannoso o pericoloso di cui agli artt. 40, 43 e 49 c.p. può essere previsto e voluto dall'agente ovvero può anche non essere voluto, sebbene previsto e prevedibile, laddove voluta è la condotta da cui l'evento deriva.

Il dolo implica sempre la previsione e la volizione dell'evento dannoso o concretamente pericoloso (delitti dolosi di danno o di pericolo, ivi compreso il tentativo) e la colpa, invece, oltre alla cognizione e alla volizione della condotta imprudente o negligente, implica o la previsione e la volizione dell'ulteriore struttura della fattispecie preventiva (corrispondente alla inosservanza di altre eventuali norme cautelari e comunque alla causazione del pericolo astratto che sempre ne deriva) o la mera previsione o prevedibilità di quest'ultima struttura ovvero anche la mera previsione o prevedibilità della fattispecie dannosa o concretamente pericolosa che talora deriva da quella preventiva².

Ora, secondo il principio di colpevolezza, inteso come violazione cosciente e volontaria della norma penale³, non ci può essere reato se l'offesa al bene giuridico non è personalmente rimproverabile al suo autore, in quanto rientrava nella sua sfera di controllo. Questo principio, attraverso il rilievo della personalità della responsabilità penale prevista dall'art. 27, comma 1, della Costituzione, inteso come principio della responsabilità penale *solo per un fatto proprio e colpevole*⁴, è dotato di un rango costituzionale correlato alla funzione tendenzialmente rieducativa, ex art. 27, comma 3 Cost., della pena

¹ M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dottrina criminale e della criminologia*, in *Giur. it.*, 12, IV, 505-519 e in *Studi in onore di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 531 ss.; M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 516-518.

² M. SPASARI, *Esegesi e dottrina della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, vol. III, 1494 ss.; id., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 2.

³ Per questa fondamentale affermazione, si veda M. SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, Milano, 1966, 72, ed in precedenza F. CARRARA, *Programma di diritto criminale, Parte generale*, vol. I, X ed., 1907, 97 ss.; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, II, 1951, 20 ss. e 116 ss.

⁴ G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 42 ss.

ontologicamente retributiva "a misura d'uomo": nessuno può essere punito se non per un fatto proprio colpevolmente commesso, perché la dignità dell'uomo e del cittadino esige che il castigo della pena trovi la propria giustificazione non già nella offesa, sia pure la più grave, del più elevato fra i beni e interessi giuridici, ma nell'atteggiamento etico-psichico che accompagna e qualifica tale offesa⁵.

Resta, per contro, chiaro che la colpevolezza stenta a raggiungere nel codice vigente la dignità del principio informatore di tutto il sistema, nonostante la svolta storica dell'interpretazione liberale e garantista data dalla sentenza 24 marzo 1988 n. 364 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. in tema di *ignorantia legis*, per contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost., portando una serie di argomenti a sostegno della costituzionalizzazione del principio di colpevolezza⁶, sia perché sono tuttora non poche le deroghe inflitte da quel complesso di disposizioni convenzionalmente riconducibili all'istituto della responsabilità oggettiva, sia perché l'impianto generale codicistico originario era e resta pur sempre decisamente di tipo difensivo-preventivo⁷.

Inquadrandolo tale principio come parte integrante di un modello autenticamente *liberale* del rapporto tra Stato e cittadino, la Corte Costituzionale ha ormai chiarito che l'imputazione può essere conforme al principio di personalità, a condizione che il fatto sia attribuibile all'autore almeno a titolo di colpa; nel caso in cui un solo elemento della fattispecie criminosa sia sganciato dal dolo o dalla colpa, allora viene meno il carattere *personale* dell'addebito, e un'eventuale attribuzione di responsabilità penale si pone in insanabile conflitto con l'art. 27, comma 1, Cost.⁸.

In particolare, la sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, la Corte costituzionale ha stabilito la nuova interpretazione dell'art. 5 c.p., secondo la quale vengono rideterminati i profili di responsabilità penale per mancata conoscenza del

⁵ M. SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della Costituzione*, in M.C. BASSIUNI - A.R. LATAGLIATA - A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, I, Milano 1991, 49.

⁶ Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364, che ha dichiarato l'art. 5 c.p. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile; conseguentemente, oggi vige la regola secondo cui "nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa", nel senso che la responsabilità non si profila quando l'agente, anche usando la dovuta diligenza, non poteva sapere che il fatto doloso o colposo da lui realizzato era previsto da una norma incriminatrice: cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2006, 244-246; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 727-728; F. PALAZZO, *Colpevolezza ed ignorantia legis nel sistema italiano: un binomio in evoluzione*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, II, Bari, 1994, 700.

⁷ M. SPASARI, *Fatto e reato*, cit., 103.

⁸ Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364.

precetto (di cui è necessario essere nelle condizioni di conoscere gli effetti, di riconoscere il divieto e l'illiceità, al fine del delinarsi della *responsabilità penale personale*).

Ancor più esplicita e pregnante, al riguardo, l'affermazione contenuta nell'altra pronuncia in tema di colpevolezza del 1988 (la n. 1085). In quel caso si trattava di valutare la legittimità costituzionale della norma del codice penale che punisce il furto d'uso (art. 626 c.p.), nella parte nella quale non attribuisce rilievo alla impossibilità da parte del colpevole, dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, di restituire la cosa sottratta immediatamente dopo l'uso⁹.

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ha, infatti, affermato che "Perché l'art. 27, comma 1 Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli *elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente* (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati".

Ne consegue, pertanto, che rispetto ad elementi che non caratterizzano in modo alcuno il disvalore del fatto – quali, per esempio, le condizioni obiettive di punibilità – non è richiesto questo *minimum* di riferibilità psichica all'agente.

In una susseguente pronuncia la Corte ha sottolineato che la colpa è in ogni caso sufficiente "ad integrare il collegamento suriettivo fra l'autore del fatto e il dato significativo addebitato"¹⁰.

Un'ulteriore tappa circa l'affermazione in concreto del principio di colpevolezza nell'ordinamento penale vigente si è peraltro realizzata con la sentenza della Corte cost. n. 322 del 2007¹¹, relativa al vecchio testo dell'art. 609 *sexies* c.p. che non ammetteva la rilevanza scusante dell'errore inevitabile sull'età dell'infraquattordicenne nei reati in materia sessuale. Tale sentenza (di inammissibilità) afferma infatti nella motivazione, da un lato, il contrasto di simile assetto normativo con l'art. 27, comma 1, Cost., dall'altro (dopo aver ascrivito al rimettente di non aver sottoposto a verifica "la praticabilità di una interpretazione *secundum constitutionem* della disposizione denunciata") che *il principio di colpevolezza "si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma*

⁹ Nella sentenza 13 dicembre 1988 n. 1085 la Corte ha affermato che il principio ispiratore della responsabilità oggettiva contrasta con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale: "perché l'art. 27, comma 1, Cost. sia pienamente rispettato (...), è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa", ribadendo il concetto nella sent. 10 gennaio 1991, n. 2.

¹⁰ Corte cost. 29 aprile 1991 n. 179, <https://giurcost.org>.

¹¹ Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322, *Dir. pen e proc.*, 2007, nota di L. RISICATO; *Fam. e dir.*, 2007, 979, con nota di P. PITTARO.

anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti".

Un indirizzo questo, che corrisponde a quanto ampiamente sostenuto, anche in precedenza, dalla dottrina¹².

Ed in tal senso pare orientata anche la giurisprudenza di legittimità, in un'importante pronuncia delle Sezioni Unite del 2005¹³, secondo la quale l'imputabilità non si limita ad essere una mera 'capacità di pena' o un semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale, ma il suo "ruolo autentico" deve cogliersi partendo dalla teoria generale del reato e concludendo che l'imputabilità è ben più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto.

Si afferma, pertanto, che non può esserci colpevolezza senza imputabilità¹⁴, inquadrando quest'ultima nella struttura del reato.

Detta concezione è stata accolta dal Progetto approvato dalla Commissione nominata dal Ministro Flick (1 ottobre 1998) e presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso, per la Riforma del Codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, che, nella Relazione di accompagnamento al Progetto preliminare (12 settembre 2000), ribadisce come "non c'è colpevolezza senza imputabilità, non può esserci pena conforme allo scopo di rieducazione senza imputabilità"¹⁵ e che per questo, "viene mantenuta la distinzione fra soggetti imputabili e non imputabili, cioè soggetti cui possa o non possa esser mosso un rimprovero di colpevolezza, in ragione delle loro condizioni soggettive al momento della commissione del fatto"¹⁶.

Più specificamente, il Progetto Grosso, all'art. 25, comma 1, dell'articolato, significativamente rubricato "Responsabilità colpevole", prevedeva che "La colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale", mentre la Commissione presieduta dall'avv. Giuliano Pisapia (nominata dal Ministro Mastella) nel 2008, all'art. 4 (Principio di

¹² Per tutti, v. G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 453: "il giudice deve interpretare le norme che prevedono la responsabilità oggettiva in conformità alla Costituzione: deve perciò leggerle e applicarle come se già contenessero il limite della colpa".

¹³ Cass., S. U., 25 gennaio 2005 (dep. 8 marzo 2005), n. 9163, *Dir. pen. e proc.*, 2005, 845 ss., con commento di M. BERTOLINO; cfr. anche C. F. GROSSO - M. PELISSERO - D. PETRINI - P. PISA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, II ed., Milano, 2017, 321.

¹⁴ M. BERTOLINO, in *Trattato di diritto penale. Il Reo e la persona offesa*, Milano, 2009, rif. Cass., S.U., 8 marzo 2005, n. 9163.

¹⁵ M. BERTOLINO, *Fughe in avanti e spinte regressiste in tema di imputabilità penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 850-883.

¹⁶ M. T. COLLICA, *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "Progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 894 ss.

colpevolezza) della proposta di legge delega, recitava: "Prevedere che nessuno sia punito se non per un fatto commesso colpevolmente".

In entrambe le previsioni compare un riferimento esplicito, molto rilevante, al "reato" o al "fatto" commesso: la colpevolezza, infatti, non può che concretizzarsi nella rimproverabilità per il fatto commesso.

Già nella Bozza di legge-delega risalente ai lontani anni 1992-94, elaborata dalla Commissione nominata dal Ministro Vassalli e presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro, il principio di colpevolezza richiedeva che il soggetto che aveva commesso l'illecito fosse un soggetto imputabile, cioè capace di intendere e di volere¹⁷.

È necessario, a questo punto, definire meglio lo sviluppo del concetto (e del principio) di colpevolezza: l'evoluzione del diritto penale è un lungo cammino verso un sempre maggior affinamento dei criteri d'imputazione del fatto illecito al suo autore: dal criterio naturalistico in base al quale si risponde per l'evento dannoso comunque cagionato dalla propria condotta, al criterio psicologico in base al quale oltre alla realizzazione materiale del fatto è necessaria la sua riferibilità psichica all'agente, sino al criterio personalistico, in base al quale il soggetto risponde del fatto antigiuridico se e nei limiti in cui esso gli è attribuito secondo un giudizio di rimproverabilità personale.

Il principio di colpevolezza esprime l'esigenza che l'imputazione del fatto al suo autore sia orientata in modo che il fatto debba risultare opera di chi l'ha commesso, in linea, come detto, con la previsione dell'art. 27, comma 1, Cost., che statuisce che la responsabilità penale è "personale". Occorre che l'agente possa essere rimproverato per ciò che ha fatto, e cioè che di lui si possa affermare: "poteva agire altrimenti". È la scelta negativa rivolta contro il diritto che condiziona la sua punizione: in ciò si sostanzia la teoria etico-retributiva della pena.

Ma la concezione classica retributiva della pena ha ceduto in gran parte il campo a teorie di natura preventiva nel Codice Rocco: la pena è comminata dal legislatore in funzione di prevenzione generale: per dissuadere i consociati dal tenere una condotta vietata. Diversamente, nel contesto dei principi costituzionali, la pena è applicata dal giudice in funzione di prevenzione speciale: per tendere alla risocializzazione del reo. La funzione costituzionale del principio di colpevolezza appare quella di limite alle esigenze punitive espresse dalla prevenzione, in rapporto ad un valore ad essa antagonistico, ma certo

¹⁷ A. PAGLIARO, *Per un nuovo codice penale*, *Dir. pen. proc.*, 5, 1995, 545: "Alla luce di questi elementi, il progetto, sotto il profilo del dolo, non riteneva più sufficiente che il soggetto perché sia in dolo abbia voluto il fatto naturalistico di reato. Quest'ultimo, pur continuando ad essere richiesto, non costituisce come tale un indice preciso del significato umano e sociale della condotta. Il progetto aveva così previsto che la definizione di dolo dovesse esprimere "la necessità che il soggetto sia consapevole del significato del fatto" (art. 12.1).

inviolabile in ogni ordinamento liberaldemocratico: il rispetto della persona umana che vieta di strumentalizzarla per finalità ad esse estranee, di utilizzarla cioè come mezzo per uno scopo che trascende e le si impone.

Punire, invece, oltre il limite della colpevolezza per dissuadere i consociati rientra in una politica criminale all'interno di un sistema, quale quello del codice 1930, ancora fortemente caratterizzato dalla presenza di ipotesi di responsabilità senza colpa (si pensi, ad esempio, ad istituti ancora esistenti quali la preterintenzione, l'*aberratio delicti*, la responsabilità *ex art. 117 c.p.*, la categoria dei delitti aggravati dall'evento, etc.).

Un sistema penale uniformato al principio di colpevolezza finisce, al contrario, con il valorizzare gli aspetti positivi della prevenzione generale: affidamento nel valore dei precetti giuridici come canone del comportamento individuale. Sul piano della prevenzione speciale, l'ancoraggio della pena alla colpevolezza rappresenta la condizione per poter progettare ed attuare l'eventuale e auspicata risocializzazione del reo.

Nondimeno va detto, però, che il riconoscimento della colpevolezza quale elemento irrinunciabile del reato appare delineare un percorso tuttora sotto molti profili incompiuto, sia, per taluni aspetti sul piano interpretativo, sia sul piano legislativo.

2. Concezione psicologica e concezione normativa della colpevolezza: i riflessi delle due diverse impostazioni sull'inquadramento dogmatico della imputabilità.

Nel diritto penale moderno, a partire dalla riforma illuministica, si sono sviluppate due concezioni fondamentali della colpevolezza.

L'orientamento dottrinario più risalente sostiene la c.d. *concezione psicologica della colpevolezza*, che identifica quest'ultima nel nesso psichico "qualificato" che unisce il fatto al suo autore nelle forme del dolo o della colpa: il fatto è colpevole quando l'agente lo ha voluto o non avendolo voluto avrebbe potuto prevederne la realizzazione se avesse usato la diligenza richiesta¹⁸.

¹⁸ Nel diritto penale illuministico il fatto socialmente dannoso, recepito dalla legge come reato in virtù della lesione ad un diritto naturale, presenta una rilevanza preponderante rispetto alla colpevolezza. Questa è necessaria per fondare la responsabilità, ma basilare solo per stabilire un rapporto significativo tra fatto ed agente; essa non influisce sulla graduazione della pena, la quale dipende solo da fattori obiettivi che sono l'entità del danno. Nella prospettiva perseguita dai riformatori occorreva evitare il rischio che il giudice invadesse il foro interno ed era necessario distinguere l'imputazione morale da quella giuridica; utopia egualitaria: gli uomini essendo uguali, hanno gli stessi motivi per rispettare il patto sociale. La dottrina dell'Ottocento prospettò l'esigenza di graduare la colpevolezza in senso psicologico, tenendo conto del processo di motivazione. Il motivo esercita quindi un'influenza sulla spontaneità dell'atto volontario rilevante ai fini del dolo. Ma l'espedito era fallace. Vi era anche la difficoltà nel

Secondo questa impostazione, la colpevolezza costituisce il *genus*, all'interno del quale trovano spazio le due *species* dell'elemento soggettivo, che ne costituiscono la declinazione concreta: il rapporto tra fatto e autore, infatti, può manifestarsi, rispettivamente, nella forma della volizione (dolo) o della mancata volizione (colpa).

La colpevolezza è quindi data dall'insieme degli *elementi soggettivi e psicologici* del reato¹⁹. Questa teoria rappresenta il primo tentativo di ricondurre ad unità concettuale le due forme soggettive del dolo e della colpa nel concetto superiore, di genere, della colpevolezza²⁰. Il dolo e colpa sarebbero, dunque, due forme (le due principali, se non uniche) di manifestazione della colpevolezza, che nel soggetto incapace si presentano come nel soggetto capace. Su questa linea, si giunge a sostenere che anche il fatto del non imputabile può essere qualificato come reato proprio perché commesso con dolo o colpa²¹.

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

Il pregio di questa concezione è stato quello di consentire il superamento di un diritto penale fondato sull'imputazione morale in cui l'intima connessione

definire un concetto unitario di colpevolezza; poiché il dolo è costituito da coefficienti psichici reali non è possibile costruire la colpevolezza come concetto di genere; essa non può assumere gli elementi del dolo e della colpa, semplicemente perché questi elementi non esistono e di conseguenza la teoria psicologica non è propriamente una teoria della colpevolezza, ma una teoria delle forme di colpevolezza: il dolo e la colpa sono un tipo di colpevolezza.

¹⁹ Essenzialmente il dolo e la colpa. Proprio come per la concezione classica la fattispecie obiettiva è considerata la sintesi degli elementi oggettivi e materiali del reato. Nella dottrina italiana, tale concezione viene recepita nella sua sostanziale sistematica da F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 16^a, edizione aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 2003, 322. Per una puntuale disamina dell'evoluzione del concetto di colpevolezza, cfr. G. ACHENBACH, *Riflessioni storico-dottmatiche sulla concezione della colpevolezza di Reinhard Frank* (trad. it. a cura di S. MOCCIA), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 844 ss., cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca.

²⁰ In quest'ottica, la colpevolezza viene definita come il «nesso psichico» fra autore ed evento criminoso, che si manifesta nella forma dolosa o colposa. Muove considerazioni critiche nei confronti di tale concezione, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 321 ss., secondo cui si tratta di una concezione che si caratterizza per la sua funzione sistematica piuttosto che critica, poiché per la determinazione del contenuto della colpevolezza ci si appella in termini vincolanti alle norme vigenti in un dato ordinamento. Pertanto, «rispetto ai diversi presupposti giuridico-positivi della responsabilità soggettiva, il concetto di colpevolezza formale non ha alcun contenuto proprio, ulteriore; e appunto in questo senso può dirsi formale».

²¹ Gli autori che propendono per questo orientamento ritengono che le premesse descritte consentono di giustificare l'irrogazione della misura di sicurezza ed i parametri di commisurazione di essa: v., fra i tanti, G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, 1992, Torino, 244 ss. Fra le concezioni formali, v. anche quella di R. SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, 202 ss.; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 32 ss.. *Contra*, M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 544.

tra delitto e peccato aveva consentito l'abuso della pena. Collegare la determinazione della pena (e quindi la gravità del reato che incide sul *quantum* della punibilità) ad un dato oggettivo quale l'entità del danno obiettivamente arrecato alla società ha rappresentato un limite alla punizione di fatti non obiettivamente lesivi di diritti, così limitando l'arbitrio nella commisurazione della pena; la pena assolve fundamentalmente la funzione di retribuire il singolo fatto commesso secondo una misura proporzionata alla sua oggettiva e specifica gravità.

Ma questa teoria presenta un notevole limite: l'impossibilità di graduare la responsabilità penale in relazione alle ragioni soggettive, il contesto familiare, sociale e di istruzione, che hanno spinto l'agente alla commissione del reato. Sul piano funzionale, poi, questa concezione non valorizza tutte le potenzialità della colpevolezza come elemento di graduazione della responsabilità penale, soprattutto perché non tiene conto delle diverse motivazioni che inducono a delinquere.

Inoltre, un elemento psichico, sia esso dolo o colpa, seppur dotato della consistenza di una mera *suitas*, perché chiamato invariabilmente a coesistere per suo tratto specifico con l'incapacità d'intendere e/o di volere²², può esistere anche nel fatto del non imputabile, al quale tuttavia l'ordinamento non ricollega la pena²³.

In realtà, considerando la colpevolezza come un dato unicamente psicologico, non è possibile raggiungere un concetto generale valevole per tutti i reati, poiché proprio a livello psicologico tra il dolo e la colpa esiste una differenza insuperabile: il dolo è dato dalla volontà dell'evento e quindi del reato, mentre la colpa si ha quando evento e reato non sono voluti. In conclusione, dal momento che non si riscontra alcun minimo comune denominatore tra queste due entità psicologiche, si deve rinunciare a costruire una categoria unitaria.

Proprio sulle orme di quest'osservazione critica sorse, nei primi anni del Novecento, la *concezione normativa* della colpevolezza, nata in ambiente tedesco ed in parte recepita dalla dottrina italiana²⁴.

Oltre che dall'osservazione dell'inidoneità della concezione psicologica a fornire un concetto unitario di colpevolezza, la concezione normativa muove

²² M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 517.

²³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 2004, 330.

²⁴ Si tratta della teoria affermata in Germania con la pubblicazione dell'*Aufbau des Schuldbegriffs* di Reinhold Frank avvenuta nel 1907. Nella dottrina italiana contemporanea, tra i tanti, cfr. M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/79*, p. 330; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 8^a ed., Bologna, 2023, 314; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 278 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 643; *Contra* A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, 2020, 321 ss.

anche da un'osservazione che si colloca non tanto sul piano della teoria generale del reato quanto su quello della commisurazione della pena: un concetto di colpevolezza di tipo psicologico, fondato su dati così netti e alternativi, come la volontà o non volontà dell'evento, non è idoneo a graduare la responsabilità a livello di commisurazione della pena.

La concezione normativa della colpevolezza intende ricavare il concetto unitario di colpevolezza proprio da un piano normativo, ponendo in evidenza l'*antidoverosità* che accomuna l'atteggiamento psicologico del dolo e della colpa²⁵.

Nella dottrina italiana della prima metà del Novecento questa posizione ha trovato felice espressione in una definizione della colpevolezza in senso unitario teorizzata da Giacomo Delitala, secondo cui il fatto doloso è un fatto che «non si doveva volere» mentre il fatto colposo è un fatto che «non si doveva causare»²⁶: l'espressione verbale impiegata («... non si doveva ...») evidenzia in chiave unitaria l'*antidoverosità* della condotta dell'agente, dolosa o colposa che sia²⁷.

In quest'accezione, la colpevolezza assume un carattere valutativo: è «riprovevolezza»²⁸ (*Vorwerfbarkeit*), rimproverabilità, è la qualificazione (sottostante) dell'*antidoverosità* (della manchevolezza rispetto al diritto) della

²⁵ La concezione normativa che fa capo a Reinhold Frank si riferisce ad un giudizio di riprovevolezza *oggettivo*, ovvero formulato dalla società e non dall'agente. In altri termini, tale concezione (detta anche materiale o critica) si differenzia da quella formale nella scelta dei criteri di qualificazione normativa; nel cercare di individuare le linee della fattispecie di colpevolezza si tiene conto più dei postulati etici o delle istanze critiche, cercando di tenere sempre conto del dato formale: in proposito, si veda M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 542. In sintesi, con la richiamata opera di Frank, il concetto di colpevolezza inteso nella nuova accezione obiettivo-ideale prende il sopravvento sul concetto di colpevolezza che la leva sulla dimensione psico-fisico reale dell'agente: M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 16.

²⁶ G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 85, poi in *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, 1976, 48 ss.

²⁷ In questa ottica, la colpevolezza è «valutazione normativa di un elemento psicologico» e non lo stesso elemento psicologico: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 315.

²⁸ Questo efficace termine è stato introdotto da Reinhard Frank in un importante contributo «*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*», pubblicato nel 1907 per le onoranze della Facoltà giuridica dell'Università di Giessen in occasione del trecentesimo anniversario della sua fondazione. Tale contributo è citato da G. ACHENBACH, *op. cit.*, 848 ss., il quale evidenzia che il riferimento del concetto di colpevolezza ad un rimprovero non fu una scoperta dell'autore in parola: con il neologismo «*Vorwerfbarkeit*», infatti, il Frank, non fece altro che ricollegarsi alle diffuse tendenze eticizzanti della colpevolezza e, soprattutto, al pensiero di Beling. Non può sottacersi, inoltre, che l'impostazione di Frank era già nota alla dottrina tedesca del tempo grazie ad un saggio dedicato esclusivamente al dolo: R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 169-228.

volontà dell'agente. In altri termini, l'antidoverosità diviene l'oggetto del rimprovero²⁹.

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

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

La colpevolezza viene, quindi, intesa come giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà rispetto alla norma d'obbligo: la teoria *normativa*³⁰.

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

Attraverso la concezione normativa, l'*imputabilità* fa ingresso nel reato come *presupposto della colpevolezza*; sempre in base a questa concezione, ai fini della colpevolezza occorre la conoscibilità del precetto penale e l'inesigibilità, ossia l'assenza di circostanze anomale in forza delle quali al soggetto agente non si sarebbe potuto richiedere un comportamento diverso da quello tenuto. La concezione normativa, infatti, dà ingresso anche alle circostanze *concomitanti* all'azione (*begleitende Umstände*), non in sé come dati oggettivi ma in rapporto al riflesso che esse possono avere sul processo motivazionale che porta il soggetto a commettere un reato: le circostanze concomitanti escludono la colpevolezza se sono state tali da rendere inesigibile il rispetto della norma penale; ma anche se

²⁹ Cfr., tra i tanti, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/78*, 329 s.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IX ed., Torino, 2023, 288; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 315.

³⁰ Si attribuisce sempre all'opera di Frank il pregio di aver contribuito all'evoluzione del concetto giuridico di colpevolezza. L'Autore rifiutava la concezione tradizionale della colpevolezza come puro collegamento psichico comprensivo del dolo e della colpa ponendo in rilievo come il giudizio di colpevolezza è fondato anche sulle "normali circostanze concomitanti" in cui si è formata la violazione della norma. L'esempio ormai conosciuto è quello del cassiere di una ditta commerciale e di un portavalori che "compiono, indipendentemente l'uno dall'altro, un'appropriazione indebita. L'uno ha una buona posizione, non ha famiglia, ma svaghi costosi. L'altro viene modestamente retribuito, ha una moglie malata e molti figli in tenera età. Per quanto ognuno dei due sappia di appropriarsi illecitamente di danaro altrui, e quindi, in relazione al dolo non sussista alcuna differenza, pur tuttavia ognuno dirà: il cassiere è colpevole in modo più grave rispetto al portavalori". Così R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2011, 802.

non sono assolutamente anormali, certamente servono a graduare il giudizio di colpevolezza in sede di commisurazione della pena³¹.

Il presupposto del giudizio di rimproverabilità è la constatazione che l'autore abbia avuto la possibilità di seguire un comportamento conforme al precetto, conservando la possibilità di agire diversamente. Senza la possibilità di scelta verrebbe meno anche il fondamento stesso del rimprovero di colpevolezza. Il rimprovero presuppone la possibilità per l'autore di aver formato liberamente la propria determinazione volitiva e di aver potuto agire senza costrizioni. Ecco perché, da questo punto di vista la teoria *de qua* si presta bene a prospettare un concetto di colpevolezza idoneo a fungere anche da criterio di commisurazione giudiziale della pena.

In tale ottica, la *concezione normativa* della colpevolezza si propone di risolvere le difficoltà applicative e sistematiche della concezione psicologica, superandola.

La colpevolezza è ravvisata nel contrasto tra la condotta concreta dell'agente e il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia (eventualmente contenute in leggi, regolamenti, ordini o discipline)³²: il soggetto non ha adeguato la propria volontà all'esigenza normativa, nel dolo perché ha voluto ciò che non doveva volere, nella colpa perché non ha previsto ciò che doveva prevedere. Si fa riferimento al giudizio normativo di rimproverabilità personale. L'oggetto di tale giudizio è dato da tre elementi: a) la capacità di intendere e di volere, b) il nesso psichico fra l'agente e il fatto, c) le circostanze concomitanti influenti sul processo di motivazione dell'agente. Queste ultime incidono sul processo di motivazione in termini di esigibilità di un comportamento conforme alla norma. L'esigibilità esprime il livello della pretesa normativa in rapporto a ciascun singolo soggetto: valutazione etico-

³¹ Va messo in evidenza che, in questi termini, le circostanze concomitanti, non solo possono attenuare la colpevolezza, ma addirittura escluderla. Pochi anni dopo la pubblicazione dell'«*Aufbau des Schuldbegriffs*», Reinhard Frank riesamina la sua teoria, in un primo tempo, rinunciando alle circostanze concomitanti nella loro forma obiettiva quali elementi della colpevolezza, «per utilizzarle soltanto nel loro riflesso soggettivo nella coscienza dell'autore "nel senso di momenti motivanti" (normale *Motivierung*)»; successivamente, facendo subentrare alla normale motivazione, quale elemento positivo della colpevolezza, le scusanti o cause di esclusione della colpevolezza, la cui ipotesi principale è considerata lo stato di necessità. Infine, l'Autore sceglie di collocare accanto a dolo e colpa un elemento definito «*Freiheit*» (libertà), o anche «*Tattherrschaft*» (signoria del fatto). Di conseguenza, l'imputabilità è assorbita da quest'ultimo elemento e la costruzione delle scriminanti viene abbandonata. Nonostante le evoluzioni della sua impostazione, si deve sottolineare che Frank ha sempre mantenuto la definizione di riprovevolezza per indicare il contenuto della colpevolezza, sebbene modificandone il significato. Per tale puntuale ricomposizione del pensiero di Frank, v. G. ACHENBACH, *op. cit.*, 851 ss.

³² G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 264.

sociale. Si valuta la colpevolezza dal punto di vista del parametro del giudizio e dell'oggetto del giudizio.

In conclusione, si ribadisce che la concezione normativa della colpevolezza dà la risposta dogmatica all'esigenza di introdurre la valutazione delle circostanze dell'agire, del processo di motivazione, alla stregua di un canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà³³.

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

Uno sviluppo molto importante della concezione normativa "tradizionale" della colpevolezza si è avuto in Germania, intorno al primo dopo guerra, a seguito dell'affermarsi della *teoria finalistica* dell'azione che ha realizzato una vera e propria rivoluzione copernicana nella storia della sistematica del reato³⁴. Essa si fa portatrice della "concezione normativa pura" della colpevolezza, la quale ha assunto una posizione critica nei confronti della concezione normativa tradizionale al punto da ritenerla comprendente elementi assolutamente eterogenei.

Secondo questa versione della concezione normativa, dolo e colpa non sono elementi della colpevolezza, ma elementi dell'azione e quindi della tipicità "soggettiva", perché l'azione umana è intrinsecamente volontaria e rivolta ad uno scopo, il dolo è il riscontro penalistico di questa caratteristica ontologica dell'azione umana finalisticamente orientata e consapevolmente rivolta ad uno scopo³⁵.

³³ Così, già molti anni or sono, T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 566; ora in *Diritto Penale*, cit., 228.

³⁴ Il finalismo ha lasciato tracce durature nell'evoluzione della teoria generale del reato, non tanto in ordine ai connotati ontologici di un ancor preteso concetto ontologico di azione, ma, soprattutto, sul piano della distribuzione dei requisiti essenziali dell'illecito penale all'interno delle sue fondamentali categorie strutturali. Sul punto, cfr. E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, 3 ss. e 47 ss.

³⁵ In contrasto con il concetto naturalistico di azione, la condotta umana è per la concezione finalistica caratterizzata dalla capacità di porsi dei fini e di orientarsi per il loro conseguimento. Il "confronto" (parallelismo) con la tipicità è palese: si pensi, ad esempio, alla progressiva

Alla stregua della concezione normativa pura, la colpevolezza si risolve essenzialmente nei criteri che rendono possibile un giudizio di riprovazione nei confronti del reo per il fatto commesso, quali che siano i connotati tipici (oggettivi e soggettivi) di questo³⁶.

Questo sviluppo della concezione normativa sposta l'oggetto del rimprovero dalla mera volizione alla integrale *realizzazione* del reato, sul presupposto che *dolo e colpa* non sono elementi autonomi del giudizio di colpevolezza ma piuttosto *elementi costitutivi del reato*. La colpevolezza è una qualificazione che incide sul reato nella sua interezza, in sé non ha un contenuto autonomo, ma è il risultato di un giudizio puramente normativo che s'identifica con quegli elementi che consentono di muovere un rimprovero nei confronti del soggetto che ha commesso un fatto di reato, questo ultimo inteso non come pura causazione dell'evento, ma come causazione con dolo o colpa³⁷. L'oggetto del giudizio di colpevolezza viene ad essere costituito dal fatto tipico doloso o colposo (tipicità soggettiva, appunto). Dolo o colpa non rappresentano il criterio del rimprovero ma il suo oggetto, alla stessa stregua del fatto cui ineriscono. Quindi così come il fatto illecito non fa parte del giudizio di colpevolezza, neppure il dolo o la colpa debbono esservi ricondotti.

Nel giudizio di colpevolezza permangono solo i parametri in base ai quali si può affermare che un fatto illecito doloso o colposo è rimproverabile al soggetto. I parametri si distinguono perché si differenziano in rapporto alle funzioni specifiche che il giudizio di colpevolezza è chiamato ad assolvere, che sono: fondare la responsabilità, escluderla e graduarla. La colpevolezza fonda la responsabilità in rapporto alla capacità di intendere e di volere e alla possibilità di conoscere il divieto che debbono essere stimate quindi secondo criteri di riferimento soggettivizzati. La colpevolezza esclude la responsabilità in presenza di scusanti espresse. La colpevolezza che gradua la responsabilità postula per un verso un oggetto diverso da quello proprio delle altre funzioni, ed implica per un altro verso il ricorso ad un criterio strettamente basato sulla personalità del reo.

scoperta degli elementi soggettivi psicologici all'interno del concetto di fattispecie tipica, quest'ultima, in origine, comprendeva soltanto gli elementi oggettivi e descrittivi.

³⁶ Secondo i sostenitori della concezione normativa della colpevolezza, che il dolo sia una componente del fatto tipico, sarebbe comprovato dall'esistenza di reati qualificabili come tali solo in virtù del relativo elemento psichico, sicché, se «taluno spara nelle vicinanze di un'altra persona, l'accadimento esterno può costituire, a seconda del dolo dell'agente, un tentato omicidio, in altre parole un tentativo di lesioni personali, oppure un'esplosione in luogo vietato»: M. T. COLLICA, *Vizio*, cit., 20. La colpevolezza sarebbe il risultato di un giudizio di riprovazione i cui criteri sono l'imputabilità, la conoscibilità del precetto penale e l'esigibilità della sua osservanza.

³⁷ *Contra*, per tutti, A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955, 60.

Le posizioni più recenti in tema di concezione normativa della colpevolezza sono caratterizzate dalla c.d. *doppia posizione* di dolo e colpa all'interno della tipicità e della colpevolezza³⁸, laddove i sostenitori del finalismo puro affermano che dolo e colpa sono collocabili esclusivamente all'interno della tipicità, limitando la colpevolezza all'insieme degli elementi dell'imputabilità, della conoscibilità del precetto penale e della normalità delle circostanze concomitanti.

La posizione della colpevolezza all'interno del sistema tripartito di ricostruzione del reato sostenuta dalla dottrina attualmente maggioritaria è sostanzialmente quella della concezione *normativa* tradizionale, ma con questa "concessione" alla *teoria finalistica* per cui la condotta non è più un fatto puramente causale ed obiettivo ed il dolo e la colpa come elementi psicologici del reato fanno parte sia della fattispecie tipica che della colpevolezza.

3. Nozione e contenuto sostanziale dell'imputabilità. Fatto del non imputabile e misura di sicurezza: l'art. 85 c.p. I rapporti tra la capacità di intendere e di volere ed i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p.

Il concetto di responsabilità penale non può che propriamente svolgersi intorno alla nozione d'imputabilità, intesa come personalità morale dell'individuo³⁹, ossia come libertà psico-fisica di prendere delle scelte consapevolmente di fronte ai valori del diritto penale e di determinarsi o di astenersi dalla commissione del reato in base ad una motivazione prevalentemente intrinseca⁴⁰, sia che la si faccia rilevare nella struttura del reato, in quanto illecito essenzialmente personale nel surriferito quadro costituzionale, sia che la si rapporti, come è per il codice vigente, al sistema normativo del reo⁴¹.

Se si viene, infatti, al rapporto tra il fatto del non imputabile e la misura di sicurezza nel codice del 1930, secondo l'art. 85 c.p., il fatto commesso dal non imputabile, socialmente pericoloso, conduce all'applicazione della misura di sicurezza: al non imputabile la regola dell'art. 85 c.p. preclude la pena, ma per il

³⁸ Su questa linea, dolo e colpa rilevano in sede di fatto tipico, come elementi costitutivi dell'antigiuridicità, in quanto portatori del disvalore oggettivo dell'azione, e nella colpevolezza, come elementi che consentono la rimproverabilità del fatto al suo autore: v., per la dottrina italiana, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Pre-Art. 39/ 59*, 322; L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, III, 2000, 1072 ss.; per la dottrina tedesca, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, (a cura di) S. MOCCIA, Napoli, 2001. In giurisprudenza, tra le altre, appare significativa la pur risalente sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Venezia del 13 maggio 2002, n. 2, pubblicata nella rivista telematica *Diritto&Giustizia* del 19 luglio 2005.

³⁹ Cfr., sul punto M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it.*, 431 ss.

⁴⁰ M. SPASARI, *Diritto Penale e Costituzione*, cit., 72.

⁴¹ M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 517.

socialmente pericoloso prevede la misura di sicurezza. La misura di sicurezza può talora essere cumulata alla pena in danno di un soggetto imputabile, in caso di pericolosità sociale riconosciuta: è quel che si dice sistema del "doppio binario"⁴².

Sembra quasi superfluo aggiungere che, dal punto di vista processuale delle scelte strategiche difensive, costituiscono perizie di tipo diverso, rispettivamente, quelle sulla semi-infermità o sulla incapacità.

Ai sensi dell'art. 85, comma 2, c.p. perché un soggetto possa considerarsi imputabile è necessario che il soggetto: *a)* abbia la capacità di comprendere e rappresentarsi correttamente la realtà esterna, di rendersi conto del suo agire, delle conseguenze che questo comporta; *b)* sia mosso da una volontà in grado di determinarsi secondo la rappresentazione che si ha del modo esterno, indirizzando i propri comportamenti verso fini e obiettivi scelti consapevolmente.

La compresenza di questi due elementi è indispensabile perché un soggetto possa essere ritenuto imputabile.

Tradizionalmente si definisce capacità di *intendere* (che dell'imputabilità rappresenta l'elemento intellettuale) l'attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ma a rendersi conto del valore sociale, positivo o negativo, di tali accadimenti e degli atti che egli compie. È l'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, e, quindi, è da intendersi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi⁴³.

La capacità di *volere* (che dell'imputabilità rappresenta il momento volitivo), invece, rappresenta l'attitudine del soggetto ad autodeterminarsi, a determinarsi cioè in modo autonomo tra i motivi coscienti in vista di uno scopo, volendo ciò che l'intelletto ha giudicato di doversi fare. Si traduce nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore: è attitudine, in altre parole, a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti⁴⁴.

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

⁴² Sulla problematica complessiva si consenta il rinvio, per i necessari riferimenti, a S. DI PINTO, *Pene e misure amministrative di sicurezza. Il sistema del doppio binario. Il punto della situazione a dieci anni dall'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81 e vaglio delle problematiche applicative*, in questa Rivista, 18 settembre 2024, 1-28.

⁴³ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2023, 297.

⁴⁴ G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. loc. cit.*

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

L'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere, quindi, può assumere rilevanza anche in momenti diversi della specifica vicenda processuale: se, infatti, si rilevasse tale condizione nel soggetto sottoposto a procedimento penale, questo dovrebbe essere sospeso (*ex art. 71 c.p.p.*); se tale condizione fosse sopravvenuta alla condanna potrebbe dar luogo alla sospensione dell'esecuzione della pena (*art. 148 c.p.*).

In ogni caso, l'imputabilità che qui interessa è quella del soggetto nel momento esecutivo del reato ovvero quella relativa "al momento in cui lo ha commesso", perché questo costituisce il riferimento temporale rispetto al quale domandarsi se il soggetto fosse in grado di comprendere e volere i propri comportamenti (criminosi). Peraltro esistono alcune rilevanti eccezioni al principio, in virtù delle quali il rimprovero viene fatto retroagire al momento nel quale il soggetto si è (consapevolmente) posto in una situazione di incapacità, all'esito della quale compie un reato: sono i casi dello stato preordinato di incapacità, al fine di commettere un reato o di preconstituirsì una scusa (*art. 87 c.p.*), nonché dell'ubriachezza volontaria, colposa o preordinata (*artt. 92-94 c.p.*).

Inoltre, l'imputabilità deve essere accertata proprio con riferimento al reato commesso. Può, infatti, accadere che, nel medesimo istante, un soggetto sia in grado di percepire il disvalore del proprio comportamento rispetto ad un fatto e non ad un altro⁴⁵.

Non tutte le volte che manca la capacità di intendere o la capacità di volere è carente l'imputabilità: la capacità di intendere e di volere deve ritenersi esclusa o diminuita solo quando sia presente una delle cause tassativamente previste (vizio di mente, ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti derivante da caso fortuito o forza maggiore, cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti e, previo accertamento in concreto, sordomutismo ed età fra i 14 e i 18 anni).

Diversa è la disciplina civilistica, in forza della quale l'effettiva incapacità di intendere o di volere, qualunque ne sia la causa, anche transitoria, è rilevante

⁴⁵ Si pensi all'esempio fatto dalla dottrina del diciassettenne che, non invitato ad una festa di compleanno di una compagna di classe, si presenti comunque all'appuntamento e, per ripicca, sottragga uno dei regali che altri invitati hanno fatto alla ragazza, di valore modestissimo ma, contestualmente, compia un grave episodio di violenza sessuale verso la sorella della festeggiata: non imputabile rispetto al furto, imputabile per quanto concerne lo stupro: cfr. C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 421. In senso conforme, Trib. Minorenni Milano, 12 gennaio 1999, in *Foro ambrosiano*, 1999, 210.

(si veda, ad esempio, l'art. 428 c.c. "Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata *per qualsiasi causa*, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore").

La prova dell'incapacità deve essere accertata dal giudice con l'ausilio di uno o più esperti sulla base della verifica «dell'assenza di funzioni o attitudini psichiche»⁴⁶ determinate da problemi patologici o da altre cause. La perizia, pertanto, rappresenta ancora, nonostante l'insofferenza emersa nei confronti dell'istituto sia nella dottrina penalistica⁴⁷, che nella psichiatria forense⁴⁸, lo strumento essenziale per l'accertamento della capacità di intendere e di volere, purché essa si limiti ad offrire solo ed esclusivamente un quadro delle condizioni mentali del soggetto al momento della realizzazione del fatto.

Uniformandosi a quanto rilevato da autorevole dottrina⁴⁹, occorre precisare che «la disposizione di cui all'art. 85 c.p. non costituisce un inutile doppione di quella contenuta nell'art. 42, comma 1, c.p.», poiché i concetti di «*coscienza e volontà*» di cui all'art. 42 c.p., descrivono anch'essi un rapporto psichico, senza, tuttavia, precisarne la conformità alle regole del consorzio sociale: «anche un infermo di mente può agire con coscienza e volontà ai sensi dell'art. 42 c.p.; anzi, solo se agisce con coscienza e volontà gli può essere applicata una misura di sicurezza»⁵⁰. Ne consegue che, mentre la capacità di intendere e di volere di cui all'art. 85 c.p. si riferisce alla normalità e legittimità del rapporto psichico del soggetto agente, con i concetti di coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p., il legislatore ha inteso riferirsi a due importanti elementi del fatto di reato, senza dei quali non si configura l'illecito penale.

Per meglio dire, la *ratio* alla base della distinzione tra l'art. 85 c.p. e l'art. 42 c.p. risiede nella considerazione che vi sono persone astrattamente e virtualmente imputabili (cioè capaci di diritto penale), ma che nel caso concreto (cioè con riferimento ad un determinato fatto) non rispondono penalmente delle loro azioni. Infatti, le disposizioni relative all'elemento psicologico del reato

⁴⁶ M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Artt. 85-149, Milano, 2012, 14.

⁴⁷ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 471.

⁴⁸ G. PONTI - I. MERZAGORA, *Imputabilità e pratiche della perizia psichiatrica*, in AA. VV., *Psichiatria, Tossicodipendenza, Perizia*, a cura di M. G. GIANNICCHEDDA - F. ONGARO BASAGLIA, Milano, 1987, 197, 360. Copiosa la letteratura specialistica: cfr. U. FORNARI, *Compendio di psichiatria forense*, Milano, 1984, 94 ss.; G. PONTI, *Perizia*, in AA. VV., *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, a cura di G. GULOTTA, Milano, 1987, 648; F. DE FAZIO, S. LUBERTO, *La prassi della perizia psichiatrica*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, a cura di G. CANEPA - M.I. MARUGO, Padova, 1995, 107.

⁴⁹ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2000, 630.

⁵⁰ A. PAGLIARO, *op. loc. cit.*

(art. 42 c.p.) considerano la volontà effettiva e concreta del fatto, necessaria perché l'individuo, genericamente capace e quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere di un fatto determinato. L'art. 85 c.p., invece, regola la generica capacità di agire nel campo penale, senza riferimento ad un determinato fatto concreto; la capacità, cioè, dell'individuo di volere, di discernere e di selezionare coscientemente i motivi, di inibirsi, offre, in altre parole, la nozione della *soggettività* di diritto penale, definendo il soggetto a cui la legge penale può essere applicata.

Quando si tratta di descrivere l'elemento psicologico del reato (art. 42 c.p.), esso è sufficientemente indicato nella coscienza e nella volontà dell'azione o dell'omissione; quando, invece, si tratta di determinare il presupposto della responsabilità, cioè la capacità generica di essere soggetto di diritto penale, è necessario indicare oltre la capacità di volere, anche quella di intendere.

Con la formula "capacità di intendere e volere", il codice (art. 85 c.p.) considera la *volontà* come *possibilità*. Con la formula "compimento dell'azione con coscienza e volontà" (art. 42 c.p.) il Codice considera la *volontà* come *fatto concreto*⁵¹.

In altri termini, nell'art. 43 c.p. l'elemento soggettivo comune a tutti i reati è bene e sufficientemente indicato nei due requisiti della coscienza e volontarietà dell'azione; ma, dovendosi, nell'art. 85 c.p. precisare gli elementi, in base ai quali l'individuo può essere ritenuto imputabile, ossia capace di dolo e di colpa, non si può prescindere dall'*intelligenza*, ossia dalla capacità di percepire e prevedere l'evento, di rappresentarlo come possibile conseguenza della propria azione od omissione.

Dall'esatto rilievo secondo il quale la capacità di intendere e di volere deve essere presente al momento del fatto e deve presiedere alla realizzazione di tutti i singoli fatti consegue, come logico corollario, che il giudizio di accertamento dell'imputabilità assume una dimensione differente, in relazione alle diverse categorie di reati cosiddetti "a struttura complessa"⁵².

Nel *reato continuato* la capacità di intendere e di volere non può essere considerata unitariamente in relazione a tutti i reati assorbiti all'interno del medesimo disegno criminoso, ma deve essere valutata autonomamente, rispetto ad ogni fatto illecito.

Non così, invece, per i *reati permanenti* rispetto ai quali il giudizio di accertamento della capacità di intendere e di volere dovrà avere riguardo a tutto l'arco di sviluppo del reato: la responsabilità sussisterà, pertanto, «se ad

⁵¹ Cass. pen., Sez. I, 28 settembre 2007, n. 42387, *Cass. Pen.*, XI, 2008, 4183; Cass. S.U. 14 giugno 1980, in *Cass. Pen.*, 1981, 496.

⁵² L. RUSSO, Art. 85, in *Codice Penale Padovani*, Milano, 2007, 650.

un'incapacità al momento della consumazione iniziale sia seguito uno stato di capacità senza che vi sia stata cessazione della permanenza»⁵³.

Per i cosiddetti *reati abituali* occorrerà, invece, prendere in considerazione i singoli atti e valutare caso per caso l'accertamento dell'imputabilità.

4. L'intossicazione cronica e l'imputabilità del tossicodipendente: l'art. 95 c.p.

Un tema peculiare è costituito dalla capacità di intendere e di volere del tossicodipendente. E' evidente l'importanza del tema alla luce del fatto che molto spesso gli autori di reati più o meno gravi risultano essere soggetti dediti sistematicamente all'uso di sostanze stupefacenti (e spesso anche all'alcool) e della evenienza tratta dall'esperienza comune per la quale una dipendenza robusta come quella tipica delle droghe incida in maniera spesso determinante sulle scelte di coloro che ne sono avvinti.

Sul punto, anche il Legislatore ha previsto diverse disposizioni di legge che effettivamente tengono conto della ridotta libertà di decisione del tossicomane condizionato dalla dipendenza e del primario interesse per l'individuo e la società tutta che la dipendenza sia interrotta.

Si pensi a tutti quegli istituti – soprattutto inerenti la fase esecutiva della pena – che prevedono *trattamenti speciali* per coloro che abbisognano di un percorso di disintossicazione, come:

- L'affidamento in prova in casi speciali,
- La possibilità di essere ristretto presso una comunità finalizzata alla disintossicazione,
- La possibilità per il tossicomane di essere seguito "sul territorio" dal Se.R.T.- Se.R.D. di riferimento in regime di espiazione della pena, *et coetera*.

Anche dal punto di vista dell'attribuzione della responsabilità il Legislatore ha previsto un *regime specifico* nel caso di "*cronica intossicazione da stupefacenti*" proprio alla luce del fatto che (al di là di ogni retorica) l'uso massiccio e continuo di alcool e droga può determinare delle disfunzioni di ordine psicologico e/o psichiatrico tali da indebolire o annullare la capacità di intendere e di volere del tossicomane autore di reato (soprattutto nel caso della commissione di reati connessi all'abuso delle sostanze psicotrope).

L'art. 95 c.p. prevede, infatti che, 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 c.p. che disciplinano, rispettivamente, il vizio totale e quello parziale di mente.

⁵³ M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario*, cit., 17.

Il Legislatore, quindi, ha previsto che in casi di cronica intossicazione da alcool e droghe si applichino le disposizioni, e dunque si effettuino i relativi accertamenti, previsti per il vizio totale o parziale di mente a seconda del grado di compromissione delle capacità intellettive del cronicamente intossicato. Il richiesto collegamento con il vizio totale o parziale di mente comporta la non totale coincidenza dello stato di intossicazione cronica con lo stato di alcoolismo o di tossicodipendenza, che possono comprendere anche casi nei quali non sia riscontrabile un vizio totale o parziale di mente⁵⁴.

Occorre fare subito una precisazione: la norma dell'art. 95 c.p. non consente di riconoscere alcuna attenuante nel caso di colui che delinque sotto l'effetto di alcool e droga (anzi, il Codice penale sul punto prevede delle aggravanti specifiche anche per colui che è dedito all'uso delle droghe e dell'alcool e di colui che si pone in stato di incapacità preordinato alla commissione del crimine); poiché la disciplina del vizio di mente (totale o parziale) è applicabile solo nel caso di accertata cronica intossicazione e non già acuta intossicazione (eventualmente – ma non vi è nessun automatismo – potrà essere accertato che lo stato acuto si innesta in un quadro di cronicità dell'abuso).

Quindi, il dato presupposto dell'applicazione di una eventuale diminuzione della pena connesso all'abuso di alcool e droga è lo stato di cronica intossicazione.

La giurisprudenza ha delineato i presupposti di tale infermità fissandone i parametri e stabilendo che si può parlare di cronica intossicazione quando – anche in difetto di una assunzione della sostanza psicotropa – l'organismo dell'agente ne risulta compromesso a fronte dell'eccesso prolungato nel tempo.

Si tratta di un concetto assai restrittivo che prevede la cronica intossicazione solo nel caso in cui il tossicomane sia concretamente compromesso nelle sue capacità (di intendere e di volere) a causa delle passate molteplici, robuste e prolungate assunzioni.

La ragione di tale approccio è di immediata evidenza ed anche – sotto l'aspetto della politica della repressione del crimine – giustificata e comprensibile: non sarebbe in alcun modo accettabile (e, anzi, avrebbe una netta valenza criminogena) una diminuzione della responsabilità penale (e, quindi, della pena) ogni qual volta l'aggressore fosse in grado di dimostrare una "semplice" dipendenza dalle sostanze stupefacenti in difetto di un quadro clinico psichiatrico, psicologico ed organico effettivamente compromesso dall'abuso di droghe ed alcool (come abbiamo detto, compromissione non collegata ad una intossicazione acuta).

⁵⁴ F. INTRONA, *L'imputabilità del tossicodipendente*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 1074. Cfr. altresì, G. BATTAGLINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Nuov. Dig. It.*, VIII, Torino, 1957, 979.

Parte della dottrina ritiene che sebbene la *sindrome di astinenza* non possa ricondursi all'art. 95 c.p., essa possa comunque comportare una infermità rilevante direttamente ex artt. 88 e 89 c. p.⁵⁵.

Ci si è, poi, chiesti che cosa avvenga nell'ipotesi nella quale il soggetto «non si trova sotto crisi acuta, neanche sotto crisi di astinenza, ma agisce delittuosamente, per procurarsi la sostanza, in previsione di quella che ne sarà la prossima necessità»⁵⁶. La conclusione è che, pur di fronte alla possibile effettiva incidenza sulla capacità di intendere e di volere⁵⁷, deve affermarsi la impossibilità giuridica di tenerne conto, visto il rigido impianto codicistico in materia⁵⁸.

Di fronte all'immediata rigidità del dettato normativo, l'orientamento decisamente prevalente in giurisprudenza tende a negare rilievo allo stato di astinenza, interpretando rigidamente l'art. 95 c.p., e non applicando neppure l'art. 94 c.p.

Proprio alla luce dell'approccio della Giurisprudenza (e, come detto, a fronte di insopprimibili esigenze di politica criminale). L'applicazione dell'art. 95 c.p. è, oltre che problematica, anche assai rara e si verifica solo in casi ben rappresentati (solitamente dalla difesa) e, comunque, a fronte di accertamenti tecnici volti ad appurare l'effettiva compromissione.

Nell'ipotesi di cronica intossicazione da sostanze stupefacenti occorrerà verificare se la capacità di intendere e di volere sia esclusa o grandemente scemata. Ora, nel primo caso, l'art. 222 c.p. prevede che il proscioglimento per intossicazione cronica da sostanze stupefacenti comporti il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario (ora in una delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, note con l'acronimo di R.E.M.S., le strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale che hanno sostituito gli O.P.G., dopo la l. 30 maggio 2014, n. 81). Nell'ipotesi di condanna (per delitto non colposo) a pena diminuita per cagione di cronica intossicazione, l'art. 219 c.p. prevede invece il ricovero in una casa di cura e di custodia⁵⁹.

⁵⁵ Per tale orientamento, si vedano in dottrina, G. DE VINCENZIIS, *Imputabilità, tossicomania, vizio di mente*, in Z, 1969, 71; G. DE VINCENZIIS - T. BAZZI, *La valutazione medico-legale e l'inquadramento clinico della tossicomania*, Milano, 1960, 125; F. BRUNO, *Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 435: soluzione possibile «ogni qual volta la sindrome carenziale involga disturbi psicosomatici tali da costituire infermità nel tossicomane non cronicizzato, o da aggravare la preesistente infermità nell'intossicato cronico». Riserve, invece, in M. ROMANO, *Art. 93*, in *Comm. Romano, Grasso*, cit., vol. II, IV ed., Milano, 2012, n. 6. Sul punto, cfr. anche G. LEGGERI, *Tossicodipendenza e imputabilità*, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, 771.

⁵⁶ G. VASSALLI, *op. cit.*, 554.

⁵⁷ G. DE VINCENZIIS - T. BAZZI, *op. cit.*, 131.

⁵⁸ G. VASSALLI, *op. loc. cit.*

⁵⁹ Sul punto, G. MARINI, *Intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti*, in *NN. D.I., App.*, IV, Torino, 1983, 400.

5. Rapporti tra imputabilità e reato nel Codice penale vigente.

L'idea che la colpevolezza, ma prima ancora l'imputabilità, su cui s'incrina sostanzialmente la concezione normativa della colpevolezza, sia un elemento costitutivo del reato mal si concilia con il sistema codicistico del doppio binario che caratterizza il nostro sistema giuridico penale, poiché, di fronte ad un fatto tipico commesso con dolo o colpa da un soggetto non imputabile e socialmente pericoloso, si dovrebbe negare l'esistenza di un reato in senso stretto⁶⁰.

In conseguenza del suddetto punto di vista del filone che considera l'imputabilità come presupposto della colpevolezza, dovremmo concludere che il fatto tipico commesso da un soggetto non imputabile e socialmente pericoloso, al quale l'ordinamento consente di applicare la misura di sicurezza, non è un reato.

Al contrario, quanto ai rapporti fra l'imputabilità dell'agente ed il reato, nel Codice del 1930, conformemente alla collocazione della prima nel Titolo IV del Libro I, che riguarda appunto il reo e non il reato⁶¹, non sembra arbitrario affermare che, nel Codice Penale vigente, il termine "reato" non implica di necessità un riferimento al soggetto imputabile, esistendo casi in cui indubbiamente ne prescinde.

Ad esempio, l'art. 86 c. p. stabilisce che: "Se taluno mette altri nello stato di incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità" (un fenomeno che ha ripetutamente richiamato l'attenzione sull'art. 86 c.p. è quello dell'ipnosi).

Quali che siano le critiche da muovere al linguaggio usato dal legislatore, una cosa appare indiscutibile: in questa disposizione la legge usa l'espressione "reato" in un significato che esclude qualunque riferimento all'imputabilità, dettando: "*reato commesso dalla persona resa incapace*".

Il caso, però, non è unico. Detta, infatti, l'art. 111 c.p.: "Chi È ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile (...) risponde del reato da questa commesso (...)": anche qui si parla di "*reato commesso da una persona non imputabile*".

L'osservazione può essere ripetuta a proposito dell'art. 613 c.p. che punisce con la reclusione fino a un anno "chiunque, mediante suggestione

⁶⁰ «Anche un soggetto non imputabile, come l'*amens*, può ben agire con malizia, pravità, ferocia, o malafede alla stessa stregua di un soggetto imputabile»: E. MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore*, cit., 63.

⁶¹ I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005, 557; A. CRESPI, voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 766; G. MARINI, *Imputabilità*, cit., 253; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., 2020, Milano, 174.

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 d'incapacità d'intendere o di volere (...). La pena è della reclusione fino a cinque anni: 1) se il colpevole ha agito col fine di far commettere un reato (...)"

Norma questa che fa dipendere l'aggravante dal fine di "far commettere un reato da parte della persona resa incapace d'intendere o di volere" (parla di "delitto" commesso dal non imputabile anche l'art. 379 c.p., col suo richiamo all'ultimo capoverso dell'articolo precedente. Ed anche l'art. 648 c.p.).

Questi dati chiariscono a sufficienza che non accidentalmente, ma consapevolmente, l'art. 70 c.p. qualifica l'imputabilità come *circostanza del reato inerente alla persona del colpevole*: il che suppone l'individuazione del reato come anteriore ed indipendente dalla imputabilità o non imputabilità del colpevole.

Chiaro è dunque che il fatto preveduto dalla legge come reato può esser commesso così dal soggetto imputabile, come dal soggetto non imputabile. E se il fatto preveduto dalla legge come reato non può che essere un fatto doloso o colposo, un fatto, vale a dire, conforme al modello legale nei suoi requisiti oggettivi e soggettivi, la ferrea conclusione è che anche il non imputabile è capace di dolo.

Nel sistema del Codice Penale vigente, dunque, la *maturità psichica* (che il Codice Rocco denomina *imputabilità*) non è più, come nel sistema del Codice Zanardelli del 1889, elemento che condiziona la configurabilità del dolo.

L'imputabilità stessa condiziona, invece, l'applicazione della pena, in quanto solo il soggetto imputabile è punibile *ex art. 85, comma 1, c.p.*: più precisamente, essa costituirebbe una *condizione personale del reo per l'applicazione della pena* (così come la pericolosità è una condizione personale per l'applicazione delle misure di sicurezza)⁶². Da questo punto di vista, l'imputabilità presupporrebbe il reato (e non concorrerebbe invece a costituirlo).

La differenza tra il sistema del Codice Rocco ed il sistema del Codice Zanardelli sta in ciò, che per il secondo la maturità psichica condizionava la configurabilità del dolo; e questo, a sua volta, condizionava l'applicazione della pena; ma, in definitiva, si potrebbe dire che, per la proprietà transitiva, era pur sempre la maturità psichica, che condizionava la punibilità. Per il Codice del 1930, l'imputabilità condiziona la applicazione della pena, ma non è presupposto per la configurabilità del dolo. Come abbiamo visto, sia il soggetto imputabile, sia il soggetto non imputabile sono per il codice capaci di dolo. E l'uno e l'altro possono commettere un fatto preveduto dalla legge come reato. Al soggetto imputabile sarà applicabile la pena e, in caso di accertata sua

⁶² T. PADOVANI, *Diritto Penale*, XII ed., Milano, 2019, 233.

pericolosità sociale, la misura di sicurezza; al soggetto non imputabile sarà applicabile solo, in ipotesi, la misura di sicurezza.

6. Il termine "colpevole" e l'imputabilità dell'agente. La fondamentale differenza fra il sistema del Codice 1930 e quello della Costituzione.

Le conclusioni, tuttavia, potrebbero essere diverse se l'imputabilità dell'agente, non implicata dal termine "reato", lo fosse però dal termine "colpevole" che si incontra nel testo dell'art. 185 c.p.

Secondo l'impostazione tradizionale, formatasi sul codice, il giudizio sulla colpevolezza *ex art. 42 c.p.* rimane completamente autonomo e distinto da quello sulla capacità di intendere e di volere (anzi, lo precederebbe), in quanto gli stati psichici del dolo e della colpa sono riscontrabili anche negli immaturi e negli infermi di mente. Il dolo e la colpa, cioè, possono esistere anche senza la capacità di intendere e di volere⁶³.

La conferma di ciò si rinviene sul piano normativo negli artt. 222, commi 1 e 4, e 224, comma 2, c.p., i quali, al fine dell'applicazione delle misure di sicurezza (si veda l'art. 199 c.p.) impongono al giudice di accertare la gravità del reato ed in particolare se il fatto compiuto dall'infermo o dal minore sia doloso o colposo.

Ne consegue che se anche i non imputabili possono agire con dolo o colpa, il concetto legislativo di imputabilità è fuori della colpevolezza (intesa in senso psicologico, come elemento soggettivo del reato: dolo e colpa) e riguarda non il reato ma il reo: l'imputabilità (*rectius*: capacità di intendere e di volere) non concerne quindi l'atteggiamento della volontà, ma è uno *status* della persona, una qualificazione soggettiva⁶⁴.

Lo stesso art. 85 c.p., al comma 1, dispone che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. Questo significa che c'è una cesura netta tra il reato e l'imputabilità. Il reato è integrato in tutti i suoi elementi; l'imputabilità incide sulla possibilità di essere puniti.

La dottrina osserva, al proposito, che la ricostruzione formale del reato non può prescindere dal dato formale che è la legge stessa a prevedere che un reato possa essere commesso dal non imputabile (si vedano, ad esempio, gli artt. 86, 111 e 648, comma 3, c.p.) e che è necessario un reato formalmente perfetto affinché sia penalmente significativo l'accertamento dell'imputabilità⁶⁵.

⁶³ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, 16.a edizione aggiornata e integrata da L. CONTI, Milano, 2003, 328-9.

⁶⁴ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 329.

⁶⁵ F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, Torino, VIII ed., 2023, 275.

Ed anche la Suprema Corte statuisce che il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso⁶⁶. Ancor più esplicita è l'affermazione giurisprudenziale che la configurabilità del reato prescinde dalla capacità di intendere e di volere del suo autore: da ciò consegue la piena autonomia tra le nozioni di imputabilità e di colpevolezza⁶⁷. La colpevolezza riguarda il dolo e la colpa, cioè elementi essenziali del reato, accertato il quale dovrà pronunciarsi giudizio di imputabilità.

La tesi surriferita è contestata dai sostenitori della concezione normativa, i quali, considerando superata la sistematica del codice, rilevano la mancata attuazione del rapporto sostanziale tra imputabilità e reato, inteso quale fatto tipico antiggiuridico e colpevole, ossia rimproverabile al suo autore, nel senso che il reato è l'illecito commesso da un soggetto potenzialmente libero, signore dei suoi comportamenti, in grado di rappresentarsene il significato e le conseguenze e proprio per questo reso responsabile di essi e assoggettabile alla reazione dell'ordinamento, la pena, che esprime la più autentica disapprovazione etico-sociale del fatto⁶⁸. Secondo questa più recente posizione – molto più seguita dalle attuali impostazioni scientifiche⁶⁹ – figlia della teoria

⁶⁶ Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 2000, n. 5275, in *www.avvocato.it*: "Il giudice può addivenire al proscioglimento dell'imputato per incapacità di intendere e di volere solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali e di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso" (Nella specie la Corte ha annullato la sentenza di merito la quale, pur ricordando che numerosi procedimenti originati dalle innumerevoli accuse calunniose dell'imputato erano stati archiviati, aveva mancato di riferire e di esaminare quali fatti storici l'imputato avesse rappresentato nelle denunce e in che senso essi fossero contrari al vero), confermata, di recente, dalla Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 14795, in *www.brocardi.it*: "In tema di elemento soggettivo del reato, l'accertamento del dolo va tenuto distinto da quello dell'imputabilità e deve avvenire con gli stessi criteri valevoli per il soggetto pienamente capace anche nei confronti del soggetto non imputabile". *Contra*, apparentemente, in un'ottica argomentativa tuttavia diversa, la recentissima Cass. pen., Sez. VI, 7 aprile 2023, n. 16260, in *www.avvocato.it*: "L'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, esprimono concetti diversi ed operano anche su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità rispetto alla seconda (in applicazione di tale principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza con la quale i giudici di merito avevano escluso la sussistenza dell'elemento psicologico del reato di calunnia, facendo riferimento a elementi che riguardavano l'imputabilità ed il vizio totale e parziale di mente).

⁶⁷ Cass. pen., Sez. I, 27 febbraio 2014 – 23 aprile 2014, n. 17645; Cass. pen., Sez. VI, 9 aprile 2010, n. 34333, in *www.avvocatopenalista.org*.

⁶⁸ M. ROMANO, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 3.

⁶⁹ Si vedano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, P. RIVELLO, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, Cass. pen., 2018, 422-434; A. NISCO, *La tutela penale*

tripartita del reato, che muove da un'idea, giova ribadire, non psicologica ma normativa della colpevolezza, l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo, cioè come volontà ribelle, come atteggiamento antidoveroso della volontà⁷⁰.

La responsabilità di un soggetto postula la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento ed il potere di controllare i propri impulsi ad agire. Di conseguenza, gli artt. 222 e 224 c.p. non si riferirebbero ad un autentico concetto di dolo e di colpa, ma ad un mero atteggiamento psichico qualificabile in termine di pseudo - dolo e di pseudo - colpa⁷¹, trattandosi di atteggiamenti psicologici abnormi, totalmente influenzati e pregiudicati dalla mancanza della capacità di intendere e/o di volere⁷².

Si è detto⁷³ che il fatto del non imputabile è tipico, antiggiuridico ma non colpevole: la non imputabilità impedirebbe di muovere qualsiasi rimprovero. Di qui, ancora, la conclusione che nel non imputabile la colpa sarebbe da

dell'integrità psichica, Torino, 2012 e, nella manualistica, S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, II ed., Bologna, 2016.

⁷⁰ Per la verità, nel solco di questa impostazione, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 91 ss., ritiene, invece, che l'imputabilità abbia un carattere fondamentalmente empirico-psicologico, nel senso che la capacità/incapacità di intendere l'illiceità del fatto non si determina attraverso un giudizio normo-valutativo, bensì per mezzo di un vero e proprio accertamento fattuale. L'opinione prevalente, secondo la quale il "giudizio" di imputabilità si articolerebbe in due livelli distinti, il primo, a carattere psicologico (definito anche organico, organico-psicologico, psicopatologico, etc.), avente come protagonista assoluto il perito e diretto ad accertare la causa psichica che incide sulla capacità di intendere e di volere del soggetto; il secondo, invece, consistente in un vero e proprio giudizio valutativo, compiuto dal giudice e diretto a stabilire se il soggetto era capace o meno di comprendere la qualifica di illiceità del fatto, non trova pienamente d'accordo l'Autore, per il quale anche l'oggetto di questo secondo livello non può che essere dato dalle capacità psicologiche ed empiricamente accertabili del soggetto agente. E verificare se la psiche di un soggetto era capace di comprendere l'illiceità, o comunque il grado di incidenza del disturbo sulla comprensione, è questione assolutamente empirico-fattuale. Con la conseguenza che «il quesito sulla capacità o sulla incapacità (d'intendere l'illiceità del fatto) è parte integrante della perizia psichiatrica» (95).

⁷¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, 289; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, cit., 291.

⁷² In realtà, la Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 38513, ha sostenuto che "La colpevolezza di una persona in stato di ubriachezza deve essere valutata secondo i normali criteri d'individuazione dell'elemento psicologico del reato e, poiché l'art. 92 c.p. nel disciplinarne l'imputabilità nulla dice in ordine alla di lui colpevolezza, questa deve essere apprezzata alla stregua delle regole dettate dagli artt. 42 e 53 c.p.", in C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Diritto penale*, cit., 419.

⁷³ M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 572 ss.

intendersi come *mera violazione della regola oggettiva di diligenza*; il dolo come *mera intenzionalità della condotta*⁷⁴.

Posto, dunque, che la colpevolezza è inconcepibile senza l'imputabilità, si pone il problema ulteriore di valutare se sia o meno configurabile il reato. Sul punto la dottrina in esame giunge a conclusioni diverse: secondo alcuni autori l'assenza di imputabilità, collocata all'interno della struttura del reato, esclude l'esistenza del reato in quanto lo priva dell'elemento della colpevolezza, sicché il fatto posto in essere dal non imputabile costituisce un mero torto oggettivo, in quanto il fatto verrebbe in considerazione solo nel suo aspetto esteriore, come semplice avvenimento antisociale⁷⁵. In tal senso, l'imputabilità, prima ancora di essere "capacità della pena", è "*capacità di colpevolezza*": senza imputabilità non vi è colpevolezza e senza colpevolezza non vi è pena⁷⁶.

Questo diverso orientamento, che in sostanza postula che non vi sia colpevolezza senza imputabilità, è stato avallato, come visto nel § 1, dalla giurisprudenza di legittimità con la già citata pronuncia delle Sezioni Unite del 2005.

Secondo altri ancora, invece, elemento soggettivo essenziale del reato non è la colpevolezza ma l'appartenenza psichica del fatto all'agente (almeno nei casi in cui costui sia imputabile), sicché l'inimputabilità, pur escludendo la colpevolezza, non esclude il reato e costituisce semplicemente una causa personale di esenzione da pena⁷⁷, ritornando così ad un'accezione prossima a quella più risalente e psicologica.

Riguardo alle teorie normative si formula l'obiezione, in termini positivi, che esse devono escludere che il non imputabile possa agire con dolo o colpa, il che è contraddetto non tanto dalla realtà, quanto dal Codice penale, che afferma espressamente che il reato commesso dal non imputabile può essere sia doloso che colposo (artt. 222, commi 1 e 4, e 224, comma 2, c.p.). L'autorevole dottrina chiosa a commento critico che innalzarsi sopra il dato normativo può essere pericoloso⁷⁸.

⁷⁴ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 342; M. ROMANO, in M. ROMANO e G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., II, 5; M. BERTOLINO, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice Penale commentato*, Milano, 2021, 1615, 1616.

⁷⁵ M. BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 565; M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario*, cit., 2.

⁷⁶ M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 2; BERTOLINO, *L'imputabilità*, cit., 565; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 346 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., 60, 15; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2015, 525; F.C. PALAZZO - R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 525.

⁷⁷ Si veda F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 289.

⁷⁸ M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 121, 122: "Ciò che conta è la soluzione concreta. Il che non significa trascurare il dato normativo o, comunque, il sistema. Tutto il contrario. Significa operare la sussunzione del caso concreto alle norme generali e astratte nel modo più coerente ai principi di ordinamento, tenendo presente

Anche qui, in verità, la Suprema Corte ha già da tempo stabilito che: quante volte il requisito della colpevolezza (concetto generale inteso come "elemento soggettivo del reato": dolo e colpa) richiesto dalle singole norme incriminatrici, si presenti scompagnato dall'imputabilità, l'ordinamento giuridico reagisce con misure preventive, prescelte in rapporto ai diversi aspetti del dato psicologico propri delle singole fattispecie in concreto realizzate e che avrebbero reso possibile la pienezza dell'illecito *a parte subiecti*, ove fosse concorso anche il fattore della imputabilità⁷⁹. Ciò rappresenta una chiara affermazione della colpevolezza pur quando manchi l'imputabilità (a tal riguardo, si può anche osservare come spesso nel Codice Penale si riscontri un uso promiscuo, indifferenziato, delle espressioni "colpevole" ed "agente": si veda, ad esempio: art. 60 c.p.; art. 83 c.p.).

È impossibile nascondere il peso della osservazione secondo cui il dolo dell'omicida paranoico non possa "essere posto sullo stesso piano del dolo dell'omicida pienamente imputabile"⁸⁰; ma, come è stato osservato, "un omicidio volontario "appartiene" (o "non appartiene") alla volontà ed alla personalità (abnorme) del paranoico, esattamente come a quelle di un soggetto sano di mente. Solo che la mancanza di imputabilità dell'autore rende quel coefficiente psicologico rilevante non già per la pena, ma solo, eventualmente, per la misura di sicurezza"⁸¹.

Del resto, anche quando si sostenga che tra il dolo dell'imputabile e quello del non imputabile vi è una differenza, per così dire, naturalistica, e che nei confronti del non imputabile non sia possibile affermare l'appartenenza del

quanto queste norme ricevano dal caso concreto"; *id.*, F. RAMACCI, *Corso di Diritto Penale*, cit., 282; H. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, 101.

⁷⁹ Si tratta della meno recente, ma nota, sentenza della Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 1967, Marongiu, *Foro It.*, 1968, n. 5, 233; *Cass. Pen. Mass.* e in www.giuristaconsapevole.it.

⁸⁰ T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 176.

⁸¹ C. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 2008, che opportunamente così precisa: "Certo, si devono distinguere i casi in cui esistono capacità intellettive - anche se non sufficienti a svolgere alcun effetto motivante sul soggetto - da quelli in cui, per l'estrema immaturità dello sviluppo psichico o per il livello di gravità dell'alienazione mentale, manchi ogni capacità di discernimento, cosicché non sia possibile neppure parlare di una volontà di realizzazione del fatto sia pure abnorme. [...] Ma è anche chiaro che in casi del genere si dovrà escludere la stessa "coscienza e volontà" dell'azione od omissione nel senso richiesto dall'art. 42 e, quindi, l'esistenza di una condotta capace di inserirsi nella dimensione del "fatto" preveduto dalla legge come reato, non diversamente da quanto avviene nelle ipotesi del fatto "commesso" per caso fortuito o per forza maggiore. Ne risulterà inibita, conseguentemente, anche l'applicazione di una misura di sicurezza - in mancanza del presupposto, richiesto dall'art. 202, della commissione di un "fatto preveduto dalla legge come reato" - per difetto della componente soggettiva della tipicità. Naturalmente, ove ne ricorra la necessità, alla tutela dei beni minacciati dalla eventuale pericolosità del soggetto, non qualificata ex art. 202 c.p., si potrà provvedere con i mezzi di intervento e i rimedi giuridici, di carattere non penale, presenti nell'ordinamento giuridico".

fatto al suo autore secondo il principio di colpevolezza⁸², non si potrà non riconoscere che nel codice presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza non è la imputabilità, ma la pericolosità sociale, che può sussistere sia nel soggetto imputabile, sia nel soggetto non imputabile, e può essere accertata unicamente in presenza di un fatto preveduto dalla legge come reato, in presenza, vale a dire, di un fatto commesso nei termini dell'art. 43 c.p.. E solo dopo aver accertato l'esistenza di un fatto tipico, si potrà passare ad accertare la imputabilità o la imputabilità del soggetto agente per escludere, in ipotesi di non imputabilità, il rimprovero di colpevolezza, ed applicare, eventualmente, una misura di sicurezza.

Si pensi al ragazzo minore degli anni quattordici (il quale, anche se in concreto dotato di sufficiente maturità psichica, non può essere assoggettato a pena), che, per difendersi da un aggressore, ne cagioni volontariamente la morte. Il minore ha agito nei termini degli artt. 43 e 575 c.p.; ha agito, vale a dire, con dolo; ha posto in essere un fatto tipico (doloso) previsto dalla legge come reato. Solo che, in presenza di una causa di giustificazione (ad esempio, art. 52 c.p., "Difesa legittima"), la quale esclude l'antigiuridicità penale del comportamento ed opera oggettivamente, per il solo fatto di esserci⁸³, l'ordinamento rinuncia, ovviamente, a rinvenire ed indagare il nesso psichico di imputazione e muovere rimprovero di colpevolezza. Così escludendosi ogni problema di imputabilità (o meglio: di non imputabilità) e di misura di sicurezza, mancando nel fatto ogni sintomo di pericolosità.

Ma ciò significa, in termini processuali, di formule di assoluzione, che al minore non sarà irrogata alcuna pena non perché non imputabile, ma perché non colpevole, così predicandosi, nella specie, un soggetto al quale l'ordinamento rinuncia a muovere rimprovero di colpevolezza.

L'assenza dell'imputabilità non può comportare, a detrimento del soggetto che si trovi in tale condizione, la rinuncia ad accertare il dolo o la colpa. La formula assolutoria *perché il reato è stato commesso da persona non imputabile* (sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, a norma dell'art. 425 c.p.p.), implicante la possibilità dell'applicazione di una misura di sicurezza, non può fondarsi, in altre parole, sulla mera efficacia causale, rispetto a un evento, della condotta posta in essere da un soggetto non imputabile. Il giudice, pertanto, dovrà sempre anteporre all'accertamento della condizione di non imputabilità quella relativa al sussistere o meno del dolo o

⁸² T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 175.

⁸³ G. MARINUCCI, *Cause di giustificazione*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 95 ss.; sia consentito il rinvio, anche, per l'ampia bibliografia, a S. DI PINTO, *Cause oggettive di esclusione del reato*, Collana *Enciclopedia*, Padova, 2004, *passim*.

della colpa⁸⁴, in mancanza dei quali dovrà assolvere *perché il fatto non costituisce reato*. Ove dolo o colpa sussistano, questi assumono rilievo ai fini dell'eventuale applicazione di una misura di sicurezza *ex artt. 220 ss. c.p.*⁸⁵.

Consideriamo ora l'art. 41 c.p., rubricato "concorso di cause", l'espressione "colpevole" è usata certamente, nella disposizione esaminata, prescindendo dalla imputabilità del soggetto, dato che: a) attiene al rapporto di causalità, richiesto anche per l'applicazione delle sole misure di sicurezza al non imputabile; b) è usata anche per l'ipotesi in cui il nesso di causalità manchi tra l'azione e l'evento (nel comma 2 dell'articolo è senza dubbio sottinteso l'inciso "anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole" usata nel comma precedente).

Né si può togliere rilevanza a questo elemento testuale, dato che non è isolato.

Come si è visto, infatti, l'art. 70 c.p. qualifica l'imputabilità come "circostanza inerente alla persona del colpevole": qualificazione che dà rilevanza anteriore alla "persona del colpevole" rispetto alla "imputabilità del colpevole".

L'uso del termine con tale valore è ripetuto all'art. 113, comma 2, c.p., il quale detta: "Le circostanze soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che aggravano la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, stanno a carico anche degli altri, sebbene non conosciute, quando hanno servito ad agevolare l'esecuzione del reato".

Il richiamo alle "circostanze soggettive" include, ovviamente, anche quelle che attengono ai "rapporti tra colpevole ed offeso"; e anche se sono proprie di un partecipe non imputabile, ai sensi dell'art. 112 c.p.

Indubbiamente, la disciplina del codice del 1930, è costruita intorno ad una visione strumentale della persona umana nonché oggettivistica e utilitaristica del diritto penale, tanto che la pena vi è chiamata ad una pluralità di funzioni (ma è prevalente quella della difesa sociale a mezzo della prevenzione generale, secondo la logica del *versari in re illicita* e del capro espiatorio da immolare all'allarme sociale e alla deterrenza)⁸⁶, e contraddice apertamente la normativa penale dettata dalla Costituzione negli artt. 25 e 27, nella quale il reato in senso proprio postula la libertà morale del suo autore, la quale, poi, altro non è se non la capacità etico-psichica di questo di

⁸⁴ Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2020-3 maggio 2020, n. 14795, www.ordineavvocatinapoli.it; Cass. pen., 22 maggio 2012, *Cass. Pen.*, 2013, 6, 2337; Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2008, n. 38579, www.avvocato.it; Cass. pen., 4 aprile 2000, *Cass. Pen.*, 2001, 1483.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2014, n. 4292, Rv. 262151; Cass. pen., Sez. I, 7 dicembre 1993, n. 507, Rv. 196112, *Cass. Pen.* 1995, 282; Cass. 7 febbraio 1988, *ivi*, 90, 1922; Cass. 24 gennaio 1986, *ivi*, 1987, 1730.

⁸⁶ M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo*, cit., 512.

comprendere anche il disvalore giuridico del fatto illecito e di autodeterminarsi a commetterlo⁸⁷.

Coerenza vorrebbe che ne seguissero, in quest'ordine sistematico, due corollari:

a) il primo è che la cosiddetta imputabilità, stando alla sostanza delle cose e ad essa facendo strettamente aderire i termini verbali, costituisce il presupposto etico-giuridico del reato proprio perché *capacità di colpevolezza* che in esso si attualizza;

b) il secondo è che in un sistema siffatto, ruotante sui cardini della imputabilità come capacità etico-psichica di colpevolezza e della pena criminale retributiva come castigo etico-giuridico per un fatto ingiusto colpevolmente commesso, il *reato del non imputabile* rimane una entità sostanzialmente estranea e perfino totalmente contraddittoria⁸⁸.

Nel dato positivo del codice del 1930, invece, il reato rimane essenzialmente un illecito di (modalità di) "lesione", in verità non infrequentemente anticipata alla linea del pericolo astratto già nelle figure delittuose (a parte il tentativo e i delitti di attentato) e comunque sempre integrata da un "danno o pericolo sociale", mentre la colpevolezza (quand'anche non sia ridotta in tale sede, come la imputabilità, a mera *fictio iuris*) vi svolge il ruolo, piuttosto molesto e appena tollerato, di limite strutturale⁸⁹.

Al riguardo, nel "Progetto Grosso", si afferma esplicitamente, nella Relazione preliminare di accompagnamento, tra le priorità, quella della totale cancellazione di ogni profilo di quella '*finzione di imputabilità*' che tanto caratterizza il Codice penale del 1930, anche su questo terreno poco attento a commisurare la responsabilità penale alla colpevolezza ed ai suoi presupposti.

Come è stato autorevolmente rilevato, il problema è che, al di là del mancato intervento del Legislatore sul punto e del fallito approdo all'approvazione parlamentare di uno dei vari Progetti di riforma della parte generale del Codice penale elaborati dalle diverse Commissioni che si sono succedute nel tempo (ad esempio, la "Commissione Pagliaro" negli anni 1992-1994, il "Progetto Riz" del 1995, la "Commissione Grosso" del 1998-2001, la "Commissione Nordio" nel 2004, la "Commissione Pisapia" nel 2008, le cui scelte di fondo in materia di disciplina dell'imputabilità potevano sintetizzarsi addirittura nell'abolizione del sistema del doppio binario, delle finzioni di imputabilità e nell'abbandono del criterio della pericolosità), anche la Corte costituzionale, dopo il 1988, non ha avuto occasione di pronunciarsi sulla capacità di intendere e di volere dell'agente quale presupposto indefettibile

⁸⁷ M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 505.

⁸⁸ M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, cit., 506.

⁸⁹ M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo*, cit. 513.

della responsabilità penale e sull'incompatibilità di alcuni aspetti della attuale disciplina dell'imputabilità con il principio di colpevolezza⁹⁰, lasciando la questione irrisolta. Al riguardo, anche la spinta verso una riforma organica sembra essersi esaurita.

7. L'art. 88 c.p. e i rapporti tra infermità e malattia.

L'art. 88 c.p. è rubricato «vizio totale di mente», pur non contenendo il testo della disposizione alcuna definizione di tale stato patologico, essendosi limitato il legislatore ad inserire un referto, quale quello di *infermità*, suscettibile di integrazione sulla base dei risultati delle scienze psichiatriche e della medicina legale. Ed è proprio in forza di tale scelta di politica legislativa e dell'imponente sviluppo che ha investito tali scienze, che, oggi, non è possibile operare una ricostruzione ed una classificazione unitaria dei casi di vizio totale di mente.

Con riferimento al concetto di infermità (mentale), dal punto di vista meramente terminologico, è evidente che il vocabolo "infermità" (dal latino *infirmitas*, a sua volta derivato da *infirmus* – in privativo e *firmus*, fermo, saldo, forte; in altri termini, che non presenta un decorso) è più ampio rispetto a quello, specifico, di "malattia (mentale)".

L'infermità rilevante ai fini e per gli effetti del vizio totale o parziale di mente (artt. 88 e 89 c.p.) può essere anche non "mentale" in senso stretto: ciò che conta è che essa produca conseguenze che annichiliscono (o diminuiscono) la capacità di intendere, o la capacità di volere, o entrambe (per il medico, infatti, l'infermità di mente è un concetto univoco, quale che ne sia l'eziologia. I medici, dunque, guardano al risultato, anche se la causa patogena è una infermità biologica, non mentale).

L'orientamento pressoché concorde della dottrina specialistica è, infatti, nel senso di ritenere la malattia mentale il risultato di una "condizione sistemica" nella quale confluiranno, accanto a fattori genetici anche vicende di carattere sociale, quindi le condizioni di vita, stress, i meccanismi psicodinamici, ecc.

E, come è facile intuire e come vedremo meglio in seguito, tali conclusioni hanno fortemente influenzato la dottrina penalistica e la stessa giurisprudenza che ne ha recepito i contenuti essenziali.

Occorre, infine, ricordare che, secondo una parte della dottrina penalistica⁹¹, anche un'*infermità temporanea* di carattere fisico può essere causa di vizio di mente. Opinione, quest'ultima, sorretta dalla puntuale osservazione

⁹⁰ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 246; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 293 ss.

⁹¹ A. CRESPI, *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 773.

relativa alla differente formulazione dell'art. 88, rispetto all'art. 46 del Codice Zanardelli, ove il vizio di mente era classificato come uno «stato di infermità di mente da togliere la coscienza e la libertà dei propri atti»⁹².

Il numero delle ipotesi di infermità è, dunque, particolarmente ampio e composito ed ingloba anche malattie a base psicopatologica, quali le psicopatie, le nevrosi ed i disturbi degli impulsi. Fuori della portata del concetto di infermità di cui all'art. 88 c.p. restano, invece, i c.d. disturbi della coscienza (ebbrezza da sonno, sfinimento, ecc.) che possono, tuttavia, refluire tra le cause atipiche di esclusione dell'imputabilità, rilevando, però, ex art. 85 c.p.

Se la capacità di intendere e la capacità di volere, almeno secondo l'opinione corrente, si possono in concreto valutare isolatamente, cioè una per una, non occorre che sia menomata tanto la facoltà di intendere che quella di volere: la patologia può riguardare una soltanto di esse.

Il dato normativo trova pieno riscontro sul piano naturalistico; esistono monomanie (o psiconevrosi ossessive) che interessano soltanto l'attitudine a percepire l'esatto valore di ciò che si compie: partendo da una *rappresentazione viziata*, la motivazione è pienamente logica e consequenziale. Si pensi ad un soggetto affetto da mania di persecuzione che aggredisce il supposto persecutore: tipico sembrerebbe il caso di Aileen Wuornos, divenuta celebre come una delle poche donne serial killer conosciute. La Wuornos, prostituta, aggrediva ed uccideva i suoi clienti poiché, a causa di un trauma infantile cagionatole dall'abuso sessuale violento del padre, aveva la convinzione che ogni uomo intendesse picchiarla ed abusare di lei e quindi credeva di agire per legittima difesa ogniqualvolta uccideva un uomo che voleva avere con lei rapporti sessuali. Per la normativa americana, la Wuornos è stata dichiarata imputabile, condannata a morte e giustiziata tramite iniezione letale il 9 ottobre 2002. In Italia, un noto caso di "assassina per difesa" è stato quello di Milena Quaglini.

Per contro, può darsi che l'agente abbia una rappresentazione della realtà perfettamente aderente al mondo esterno e ciononostante è impossibilitato a sottrarsi all'impulso che lo porta a fare o ad omettere qualcosa. È il caso del cleptomane o di quei soggetti che, ad un certo punto del loro iter criminoso, lasciano tracce del loro operato per essere individuati o addirittura arrivano al gesto estremo della confessione (si pensi a Edmund Kemper, persona apparentemente ben integrata nel tessuto sociale che, negli anni '70, uccise otto ragazze autostoppiste. Kemper si rendeva conto di ciò che stava facendo, ma non poteva controllare l'impulso irresistibile che lo coglieva).

Si discute, al riguardo, se l'infermità debba consistere in una patologia rispondente alla nosografia corrente, o più accreditata, nella scienza

⁹² G. MARINI, *op. cit.*, 255.

psichiatrica. Come sopra detto, non c'è un collegamento diretto ed indispensabile con la malattia mentale.

Si ha infermità penalmente rilevante anche al di fuori del quadro della nosografia ufficiale, intendendosi con tale termine, generalmente, le definizioni e la terminologia del testo di riferimento per le classificazioni psichiatriche: il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, così detto DSM. Ce ne sono diverse versioni perché sono mutate nel tempo le classificazioni; ad esempio, un tempo era annoverata fra le patologie l'omosessualità, che oggi non compare. L'ultima versione è il DSM V TR (*Text Revisited*). Non è pertanto possibile ricondurre le differenti ipotesi all'interno di un catalogo chiuso, atteso il costante sviluppo delle scienze psicanalitiche e psicologiche, i cui risultati vincolano sia i percorsi della dottrina penalistica sia le soluzioni selezionate dalla giurisprudenza.

8. Il soggetto cosiddetto "borderline" e la sentenza "Raso" delle Sezioni Unite sui disturbi della personalità. Il dubbio sulla tesi del nesso eziologico. I recenti arresti giurisprudenziali.

Premesso che in tema di riconoscimento del vizio di mente, le anomalie caratteriali e le disarmonie della personalità non rilevano se non si inseriscono in un quadro più ampio di infermità⁹³, discorso a parte merita il soggetto c.d. "borderline". A dispetto della terminologia che ai non addetti ai lavori potrebbe far pensare a soggetto che sia in uno stato mentale che è al confine tra normalità e patologia), il border-line è un vero e proprio disturbo della personalità (deriva il suo nome dall'antica classificazione e distinzione dei disturbi mentali come *nevrosi* o *psicosi*, situandosi questi pazienti al limite della psicosi, pur non giungendo agli estremi delle psicosi gravi come la schizofrenia). Si tratta di una alterazione acuta, transitoria o persistente, delle funzioni dell'Io ove la condotta non è che un epifenomeno dello stato morboso.

Molto spesso i soggetti borderline presentano disturbi delle relazioni e reazioni abnormi caratterizzate da rilevante sproporzione tra evento causale e intensità della risposta, presenza di allucinazioni, idee prevalenti o deliranti, intensa partecipazione emotiva.

Si tratta, quindi, di una vera e propria malattia che, pur non rientrando nelle categorie delle patologie psichiatriche (le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, le oligofrenie, nonché la paranoia e 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

⁹³ Cass. pen., Sez. VI, 27 aprile 2018 (dep. 6 luglio 2018), n. 30733, <https://renatodisa.com>.

qualità e non per quantità), compromette la capacità di intendere o volere e può rilevare, quindi, *ex art.* 88 c.p.

L'intervento giurisprudenziale forse di maggiore importanza nel settore è quello reso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione con la sentenza 25 gennaio 2005, n. 9163 (dep. 8 marzo 2005, imputato Raso), la quale ha affermato che, al fine del riconoscimento del vizio di mente, *possono rilevare anche i "disturbi della personalità"*, pur quando privi di un substrato organico patologico (le cosiddette "abnormalità psichiche", quali *le nevrosi o le psicopatie - mere "caratteropatie"*, ovvero anomalie del carattere, non incidenti sulla sfera intellettiva e non indicative di uno stato morboso, a differenza delle psicosi acute o croniche - nonché i disturbi dell'affettività), laddove in grado di incidere sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o limitandola grandemente⁹⁴.

Si tratta di un punto di vista abbastanza convincente ed in linea con le più moderne istanze della scienza psichiatrica, secondo cui non conta tanto l'infermità quanto l'infermo: con il che si restituisce centralità al soggetto a scapito della categoria.

Al riguardo, è necessario, tuttavia, formulare due importanti precisazioni.

a) Tali disturbi devono essere di particolare gravità (come si deduce dall'espressione "tale da"...): pertanto, le nevrosi del carattere (immaturità affettiva, impulsività, scarsa tolleranza alle frustrazioni, difficoltà ad esprimere verbalmente i sentimenti, disturbo di mancanza di controllo degli impulsi, disturbi misti delle capacità scolastiche, ecc.), le cosiddette "personalità

⁹⁴ Cass. pen., S.U., 25 gennaio 2005 n. 9163, Rv. 230317, la quale ha affermato che, in tema di imputabilità, 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», purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione 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. 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, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di «infermità». (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una determinata malattia psichica, per cui, in quanto semplice «disturbo della personalità», non integrava quella nozione di «infermità» presa in considerazione dal codice penale), in *Cass. pen.*, 2005, 1851, con nota di G. FIDELBO, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 1878; nota di U. FORNARI, *I disturbi gravi di personalità rientrano nel concetto di infermità*, in *Cass. pen.*, 2006, 275 ss; in *Dir. pen. proc.* 2005, 4, 409, 7, 837 ss., con nota di M. BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, *ivi*, 853; in *Riv. Pen.*, 2005, 693; *CED Cassazione*, 2005; *Riv. Pen.*, 2006, 7-8, 827.

psicopatiche", non determinano una infermità di mente, salvo i casi in cui, per la loro consistenza, intensità e gravità, cagionino un vero e proprio stato patologico: nella pratica, tuttavia, è assai difficile distinguere il vero e proprio stato patologico da una nevrosi del carattere, soprattutto nei soggetti c.d. *borderline*.

La Suprema Corte ritiene che: "In tema di imputabilità, le c.d. *reazioni a corto circuito*, anche se normalmente riferibili a stati emotivi e passionali non integranti una condizione patologica, possono tuttavia costituire, in determinate situazioni, manifestazioni di una vera e propria malattia che compromette la capacità di intendere e di volere, incidendo soprattutto sull'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità di optare per la condotta adatta al motivo più ragionevole e di resistere, quindi, agli stimoli degli avvenimento esterni"⁹⁵.

In linea con tale orientamento, peraltro, sono anche alcuni passati tentativi di riforma del Codice Penale. Nel 1992, ad esempio, la "Commissione Pagliaro" propose l'introduzione di una classificazione delle cause psicopatologiche in grado di incidere sull'imputabilità; alla infermità si propose di affiancare la locuzione «altra anomalia» idonea ad incidere sulla capacità di intendere e di volere. Nel 1995, invece, il "Progetto Riz" optò per l'inserimento delle formule «gravissima anomalia», quale causa del vizio totale di mente, e «grave anomalia», riferita al vizio parziale. Infine, la "Commissione Grosso", nel 1998, propose, accanto al concetto di "infermità", anche quello di «un'altra grave anomalia psichica», tanto che nel testo modificato del 2001 utilizzava le parole di "altro grave disturbo della personalità".

b) Il loro rilievo è condizionato dall'accertata sussistenza di un nesso eziologico con il fatto-reato *sub iudice*, nel senso che questo risulti essere stato causalmente determinato dal disturbo mentale (con parte, seppur autorevole, della dottrina⁹⁶, si ritiene che l'incapacità di intendere o volere rilevi soltanto a condizione che il reato posto in essere sia eziologicamente collegato come effetto a causa, o, più blandamente, come sintomo indotto, al deficit mentale)⁹⁷. Tuttavia, la tesi è prospettabile e ha buon gioco se l'infermità sia, per sua natura non violenta (si pensi ad un cleptomane che si trovi ad uccidere per motivi passionali). Resta a vedere, però, che cosa capita se invertiamo i termini della

⁹⁵ In tal senso, cfr. anche Cass. pen., Sez. II, 10 aprile – 7 maggio 2020, n. 13959, <http://dirittifondamentali.it>; Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 2019 – 7 gennaio 2020, n. 188, www.dirittoegiustizia.it; Cass. pen., 16 aprile 2019, n. 35842; Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, Cass. pen., Sez. I, 23 marzo 1995, n. 3170.

⁹⁶ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 633.

⁹⁷ In tal senso anche Cass. pen., Sez. I, 19 aprile 2021, n. 14525; conformi Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463 e, in precedenza, Cass. pen., 13 ottobre 2016, n. 44659 su accusa di ludopatia, Cass. pen. 28 giugno 2016, n. 26779 e Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 29135 in tema, invece, di parafilia.

situazione; l'infermità comporta di per sé reazioni violente, ma il reato perpetrato è di tipo diverso: un maniaco omicida che operi una frode fiscale. In questo caso la tesi del nesso eziologico comporta la detenzione per il reato fiscale. Ma c'è da chiedersi che cosa potrebbe accadere ai compagni di detenzione di un soggetto che, malgrado il crimine commesso non ne sia segno, è disturbato mentalmente⁹⁸.

Gli artt. 85 e 88 c.p., sembrano considerare sufficiente il mero nesso cronologico (l'unico requisito richiesto, infatti, è che l'incapacità sussista al momento della realizzazione del reato), rimanendo quindi irrilevanti eventuali stati di incapacità precedenti o susseguenti al fatto; già lo stesso Manzini, concludeva che non fosse necessario, perché rilevasse l'incapacità, che il reato commesso fosse collegato eziologicamente alla malattia mentale (sarebbe "incivile e assurdo" processare e poi punire un pazzo. L'infermità di mente, in qualsiasi momento sopraggiunta, esclude, infatti, la capacità penale⁹⁹; tale opinione conferma l'idea che le misure di sicurezza hanno natura amministrativa).

L'unica deroga espressa a tale principio si rinviene nella disciplina dell'*actio libera in causa* di cui all'art. 87 c.p., ispirata da un chiaro intento punitivo nei confronti di colui che intenzionalmente si pone in stato di incapacità al fine di compiere il reato o prepararsi un alibi¹⁰⁰.

In qualsiasi caso, nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, può essere attribuito ad anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che non si inseriscano, eccezionalmente, in un quadro più ampio di "infermità". Nel solco di questo autorevole orientamento, si è escluso che possano incidere sull'imputabilità il vizio del gioco di azzardo (in relazione al reato di rapina commesso da persona continuamente compulsata dall'esigenza di trovare denaro per poter far fronte ai debiti derivanti dalle

⁹⁸ M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 41.

⁹⁹ V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, Utet, Torino, 1961, 126; G. MARINI, *Imputabilità*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1992, 25, parla espressamente di esclusivo, mero "nesso cronologico"; cfr. anche G. MARINI - M. PORTIGLIATTI BARBOS, *La capacità di intendere e volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1964, 59.

¹⁰⁰ Per maggiore chiarezza espositiva sembra utile fornire una sintetica definizione dei due disturbi mentali più noti: 1) la *schizofrenia* è un disturbo della durata di almeno 6 mesi e implica almeno un mese di sintomi della fase attiva, ovverosia deliri, allucinazioni, eloquio disorganizzato, comportamento catatonico, ecc. la schizofrenia può essere differenziata in sottotipi: paranoide, disorganizzata, catatonica, indifferenziata, residua; 2) la *psicosi* non gode di una definizione universalmente accettata. La definizione più restrittiva si riferisce ai deliri o alle allucinazioni che si manifestano in assenza di consapevolezza della loro natura patologica.

frequenti giocate)¹⁰¹; il mero dato anagrafico dell'età avanzata (nella specie ottanta anni) e la presenza di momentanei deficit mnemonici¹⁰²; la pedofilia¹⁰³.

Tra gli importanti recenti arresti giurisprudenziali in tema di vizio del gioco d'azzardo (che può risolversi in una ludopatia¹⁰⁴ e costituire un disturbo della personalità¹⁰⁵), si segnala, da ultimo, la sentenza della Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2024, n. 21065¹⁰⁶.

9. L'art. 43 c.p. e gli eventi mentali (rappresentazione e volizione). L'errore condizionato del soggetto incapace.

Il problema che si pone è il seguente: anche il non imputabile può commettere un fatto obiettivamente costitutivo di reato. Ma che ne è se l'infermità che lo affligge ha riflessi sull'elemento soggettivo?

Il Codice penale non dà una definizione di dolo. L'art. 43 c.p. definisce il delitto doloso e questo induce a pensare che vi siano altre regole che

¹⁰¹ Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535; *id.*, 13 ottobre 2016, n. 44659, in C.F. GROSSO - M. PELISSERO - D. Petrini - P. PISA, *Manuale di Diritto Penale*, cit., 430. In altra pronuncia, la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna di un soggetto affetto da ludopatia, condannato per rapina, ma nel caso di specie egli, affetto da una grave sindrome Alzheimer, assumeva farmaci in grado di far scatenare la c.d. "sindrome di disregolazione della dopamina", che si manifesta con comportamenti compulsivi incontrollabili quale, appunto, il gioco d'azzardo patologico: Cass. pen., Sez. I, 16 dicembre 2015, n. 18162.

¹⁰² Cass. pen., Sez. III, 22 giugno 2011, n. 34785.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2014, n. 6818; *id.*, 16 dicembre 2010, n. 15157.

¹⁰⁴ Riconosciuta come patologia nel DSM V (Manuale diagnostico e statistico delle malattie mentali), è inserita dalla Organizzazione Mondiale della Sanità, nella classificazione internazionale delle malattie (ICD-11), fra i disturbi del controllo degli impulsi che possono incidere sulla capacità di intendere e di volere del soggetto.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2018, n. 33463, Rv. 273793; Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 2014, n. 52951, Rv. 261339, Cass. pen., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, Rv. 253079.

¹⁰⁶ Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2024 (dep. 29 maggio 2024), n. 21065, la quale, in tema di ludopatia da gratta e vinci, ha ribadito che l'esistenza di un impulso a commettere una certa azione non basta a dimostrare che la capacità di volere sia venuta meno o comunque sia «grandemente» ridotta (art. 89 c. p.) e costituisce onere dell'interessato fornire specifici elementi di valutazione che possano dimostrare l'effetto cogente dell'impulso che lo mosse. L'assenza della capacità di volere può assumere rilevanza autonoma e decisiva - anche in presenza di una accertata capacità di intendere (e di comprendere il disvalore sociale della azione delittuosa) - se sussistono due essenziali e concorrenti condizioni: a) gli impulsi all'azione che l'agente percepì e riconobbe come giuridicamente riprovevole (in quanto dotato di capacità di intendere) furono di tale ampiezza e consistenza da vanificare la capacità di apprezzarne le conseguenze; b) ricorre un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato da uno specifico disturbo mentale che alteri non l'intendere, ma il solo volere dell'autore della condotta illecita (Sez. V, 8 marzo 2023, n. 22659, Rv. 284750; Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 18458, Rv. 252686; Sez. V, 9 febbraio 2006, n. 8282, Rv. 233228).

contribuiscono a segnare oggetto e contenuto del dolo¹⁰⁷ (si vedano l'art. 47 c.p., che disciplina l'errore di fatto, l'art. 59, comma 4, c.p. sulla supposizione erronea di scriminante, e, dopo la sentenza della Corte cost. n. 364/1988, l'art. 5 c.p.).

Con il primo alinea del comma 1 dell'art. 43 c.p. "(...) il delitto è doloso o secondo l'intenzione (...)": dalla formula legislativa, che ha come modello di riferimento il delitto doloso, l'interprete ricava l'equazione che fa *il dolo eguale all'intenzione*. Individuare il significato che il vocabolo "intenzione" riceve nell'art. 43 c.p., significa, approfondendo la ricerca, accertare qual sia la latitudine concettuale della "intenzione" con la quale si identifica il dolo, cioè "quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente *preveduto e voluto* come conseguenza della propria azione od omissione".

Gli eventi mentali "*volontà*" e "*previsione*" devono essere accadimenti reali nella psiche del soggetto, non possono essere solo virtuali, potenziali. Questo significa anche che la previsione coincide con una vera e propria rappresentazione. La volizione deve essere effettiva. Non si può volere ciò di cui non si è consapevoli, che non ci si è, quindi, rappresentati¹⁰⁸. È sugli eventi mentali *rappresentazione* e *volizione* che può riflettersi la condizione di chi è incapace di intendere e di volere per infermità¹⁰⁹.

Esistono malattie che incidono sulla rappresentazione di ciò che è oggetto del dolo: il fatto materiale di reato nei suoi elementi costitutivi, positivi e negativi, e il disvalore che lo caratterizza (si pensi, ad esempio, al soggetto che, per sua patologia, crede che la pistola che impugna, se azionata, funzioni come in un videogame, senza conseguenza nella realtà).

Con riferimento, in particolare, alla mania di persecuzione, si tratta di patologie che non toccano la rappresentazione, ma influiscono sulla volizione, di per sé pienamente conforme al paradigma della fattispecie soggettiva: taluno, a causa di una malattia di mente (ad esempio, delirio persecutorio), è convinto di essere vittima di attenzioni gravemente ostili (torti, maldicenze, molestie) e uccide il (o comunque ha una reazione violenta nei confronti del) presunto persecutore.

¹⁰⁷ M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Volume II, *Il reato*, Parte II, *Elemento psicologico*, Torino, 2001, 15 ss.

¹⁰⁸ M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 136.

¹⁰⁹ Nell'ambito di un lavoro che ha l'intento di verificare se il finalismo possa porsi come modello per riforme desiderabili, è stato lucidamente sostenuto che, quanto alla struttura del dolo, il finalismo presenta il pregio di accentuare il duplice contenuto psicologico del dolo: la cosciente e volontaria realizzazione del fatto. Cfr. G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1-2, 2003, 363 ss.

In questo caso, il dolo è sintomo della malattia (tizio si rappresenta e vuole la morte di un uomo proprio a causa della sua patologia: sia pure a cagione di una malata, distorta valutazione del reale, voleva uccidere ed ha volutamente cagionato la morte di un uomo: l'infermità ha determinato l'evento mentale "volizione", che, comunque, si è realizzato nella pienezza dei suoi elementi costitutivi.

Se la volontà colpevole è determinata da un impulso irresistibile originato o, comunque, sintomo della malattia, il dolo è realizzato (la rappresentazione viziata non concerne il fatto posto in essere – voglio uccidere e so, pertanto, di uccidere – bensì le ragioni, generate dallo stato mentale, che hanno condotto ad una tale volizione) (il reato ha tutti gli elementi essenziali e, quindi, è posto in essere).

Altri esempi citabili sono quelli della cleptomania o della piromania (psiconevrosi ossessive). Si pensi al cleptomane. Ciò che caratterizza questa patologia è che l'agente aborrisce l'atto che è oggetto della sua rappresentazione ossessiva; ricorre alle maggiori e più varie precauzioni per evitare di commetterlo ed è preso dal timore ossessivo di non riuscire a resistere alla pulsione stessa. Insomma: il cleptomane ruba contro ciò che pensa e a cui desidererebbe attenersi ma, alla fine, la sua volontà è piegata dalla malattia. Ma la malattia non incide su un elemento essenziale, strutturale del dolo. Rappresentazione e volizione, in atto, sono compiutamente realizzate¹¹⁰.

Nel caso di malattia mentale è, quindi, importante distinguere tra: a) rappresentazione viziata che cade sugli elementi positivi dell'oggetto del dolo e b) rappresentazione viziata di c.d. "elementi negativi" (cioè di elementi negativi la cui presenza esclude il fatto di reato), tipici della teoria bipartita del reato.

È evidente che l'ipotesi in cui l'infermità espliciti i suoi effetti sulla rappresentazione si delinea con nitidezza in riferimento all'art. 47, comma 1, c.p., che contribuisce alla definizione di dolo. Infatti, la mancata rappresentazione rilevante ex art. 47, comma 1, c.p., deve concernere un elemento essenziale del fatto (confermando che requisito essenziale del dolo è la rappresentazione del fatto tipico)¹¹¹.

Nessuna disposizione prevede e regola l'errore del soggetto incapace di intendere o di volere. Che la disciplina comune debba trovare applicazione se l'errore non sia condizionato dalla causa dell'incapacità, quando si tratti cioè di un errore nel quale sarebbe potuto incorrere nella situazione concreta anche un

¹¹⁰ Cass. pen., Sez. IV, 11 gennaio 2023 - 23 gennaio 2023, n. 2657 e, ancor più esplicitamente, Cass. pen, Sez. II, 11 aprile 1983, n. 2945: "Il furto compiuto dal cleptomane non può considerarsi commesso per provvedere a un grave e urgente bisogno, ai sensi dell'art. 626, n. 2, c.p."

¹¹¹ M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 139.

soggetto capace, non è messo in discussione, anche per evitare un'ingiustificabile disparità di trattamento.

La questione si pone in termini problematici quando l'errore sia condizionato dalla causa dell'incapacità. È lecito, cioè, domandarsi se risponda a logica escludere l'intenzionalità del fatto e, quindi, il dolo, allorché il soggetto abbia tenuto un certo comportamento, oggettivamente rispondente ad una figura criminosa, ma in stato di errore sul fatto, quando l'errore dipenda o sia comunque dovuto al suo stato mentale patologico (si verterebbe in un'ipotesi di mancanza di dolo dovuta ad errore sul fatto, cagionato dallo stato mentale).

A rigore la risposta, in termini positivi, dovrebbe essere affermativa: ciò che dovrebbe contare, normativamente, è che l'errore sia di fatto o, comunque, si traduca in errore sul fatto. Non dovrebbero importare, al riguardo, le cause patologiche per cui l'agente percepisce con i propri sensi, alterati dalla malattia, una realtà errata (l'agente non si rende conto del processo causale che la sua azione mette in moto; se c'è l'errore non c'è dolo e quindi nemmeno reato). La rilevanza dell'art. 47, comma 1, c.p., sarebbe pregiudiziale ad ogni altro accertamento relativo ad un reato doloso. Si pensi all'esempio dell'*asimbolia*, patologia dell'alterazione della identificazione secondaria: soggetto che, a cagione della sua patologia, creda che il fucile che imbraccia sprigionerà, se azionato, un innocuo getto d'acqua.

È un'evenienza possibile. Qualunque oggetto che cada sotto i nostri sensi innesca il c.d. processo di identificazione, primario (nell'ambito di un solo centro sensoriale: se l'oggetto colpisce la vista, questa ne rileverà forma, grandezza, colore) e poi secondario (che, attraverso gli altri sensi, rievoca immagini corrispondenti al patrimonio mnemonico accumulato: ad es., le immagini acustiche dei suoni alla vista di uno strumento). Questo processo può venire alterato tanto nella fase primaria che in quella secondaria. La conseguenza è la perdita della capacità di riconoscere gli oggetti per quello che sono. Il disturbo della percezione causa il mancato riconoscimento.

Si parla di *agnosia* quando è alterata l'identificazione primaria e di *asimbolia* quando è alterata l'identificazione secondaria (il caso del fucile che si crede spruzzi acqua ben potrebbe essere originato da asimbolia).

Un altro esempio importante è quello del querulomane (la querulomania è una delle manifestazioni della paranoia): il soggetto in genere prende spunto da un avvenimento reale in cui si crede, con più o meno ragione, ingiustamente danneggiato. La sua attenzione e la sua attività si polarizzano su questo tema che, a poco a poco, diventa il chiodo fisso della sua vita (se cerca tutela nella legge, il dolo di calunnia per gli esposti, denunce, querele nei confronti dei presunti persecutori, non potrà ravvisarsi nel suo comportamento (il querulomane è, nella maggior parte dei casi, convinto di additare un colpevole).

In conclusione, una puntuale analisi degli elementi del reato porterebbe a negarne la configurazione in capo all'incapace nei casi richiamati quando lo stato mentale incida in maniera così forte da escludere l'elemento psicologico e, quindi, il reato.

Lo stesso dovrebbe dirsi quando, a cagione della malattia, vi sia errore sul fatto dovuto ad errore o ignoranza di una legge, diversa da quella incriminatrice, ex art. 47, comma 3, c.p., cui sia necessario far riferimento, per comprendere in che consista un elemento del fatto stesso: si pensi al caso del Pubblico Ufficiale che, per sua ossessione paranoica, legga una norma di diritto privato nel senso che gli attribuisca la proprietà di una certa cosa mobile, che invece è altrui.

Un'opinione dottrinale diffusa, ma non esente da obiezioni, ritiene invece che l'errore condizionato non rilevarebbe circa gli autori in imputabili (venendo assorbito nello stato di non imputabilità e lasciando sussistere il dolo), posto che diversamente l'accertamento dell'errore condurrebbe a escludere, in tali autori, l'elemento soggettivo e, dunque, la commissione di un reato, così da rendere impraticabile l'applicazione delle misure di sicurezza pur ove si ritenga sussistere la pericolosità¹¹².

Viene peraltro introdotta in questo modo, un'eccezione non codificata (in aggiunta a quella prevista, per esempio, dall'art. 609 *sexies* c.p.) alla disciplina dell'art. 47 c.p.

Secondo una parte della dottrina si tratta di una (tutt'altro che indiscutibile) interpretazione sistematica *in malam partem*, che introduce una deroga non testualmente prevista al fine di salvare la ritenuta coerenza sostanziale del sistema¹¹³.

Si invoca la pericolosità sociale (penale) per esigere/applicare una diversa disciplina di elemento soggettivo per il non imputabile: il non imputabile, pertanto, sarebbe capace di un "dolo naturale", disegnato in modo diverso da quanto fanno le regole sull'elemento psicologico del reato, imposto dalla "logica del sistema"¹¹⁴.

Pensare ad un dolo naturale significa mantenere ferma la normativa, che resta unica e concerne il dolo così come delineato dalle regole del codice, e duplicare la disciplina: una che segue la normativa, l'altra imposta dalla natura delle cose: su tal via, l'osservazione secondo cui il codice non distingue tra elemento soggettivo dell'imputabile ed elemento soggettivo del non imputabile rientrerebbe in una logica superiore.

¹¹² Cfr., *ex multis*, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., 557 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 203 ss.

¹¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2023, 314.

¹¹⁴ M. AMISANO, *Incapacità*, cit., 158.

Secondo altri ancora, si causa una grave frattura nell'ordinamento penale vigente, chiaramente influenzata da preoccupazioni di prevenzione speciale nei confronti dei soggetti pericolosi¹¹⁵.

Anche la giurisprudenza di legittimità propende per la soluzione negativa riguardo alla rilevanza dell'errore condizionato: "In caso di accertata non imputabilità per infermità psichica, ai fini della applicazione delle misure di sicurezza di cui all'art. 222 c.p. il fatto commesso deve essere esaminato nella sua materialità come rapportabile immediatamente e direttamente al comportamento del soggetto, senza che rispetto a questi possa essere espletato altro tipo di indagine, come quella riferita alla rappresentazione della concreta violazione e alla sua attuazione"¹¹⁶.

Ogni analisi relativa all'elemento psicologico andrebbe esclusa: "Non è pertanto prospettabile l'errore sul fatto costituente reato perché il giudizio sulla volontà, che si dovrebbe ritenere viziata dall'erronea rappresentazione della realtà, presupporrebbe quella capacità di intendere e di volere, nella specie esclusa, mentre la falsa rappresentazione non sarebbe espressione di una errata valutazione, ma di uno stato delirante dovuto a malattia mentale" (Ciò che conta sono queste condizioni mentali e null'altro).

Tuttavia, non ci sarebbero tracce normative che ci portino a dire, come fanno la Suprema Corte e altra parte della dottrina¹¹⁷, che l'errore non rileva se è il riflesso di un'infermità, come nei seguenti esempi, comunque altrimenti giustificabili:

- nel caso dello schizofrenico che uccide taluno perché non ha risposto ad una sua lettera, non ci sarebbe nessuna falsa rappresentazione della realtà, in senso rilevante per il diritto (si può essere d'accordo, non c'entra l'art. 47 c.p.);
- nel caso del paranoico¹¹⁸ che uccide la moglie perché crede che lo tradisca, l'errore, al massimo, potrà cadere sulla causa d'onore, elemento

¹¹⁵ G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2020, 473 ss.; sarebbe necessario, secondo tale Autore, introdurre un'ipotesi di c.d. quasi-reato concernente il caso in esame.

¹¹⁶ Cass. pen, Sez. VI, 14 dicembre 1985 (ud. 9 ottobre 1985), n. 979, *Giust. Pen.*, 1986, II, 427: *Mass. Cass. Pen.*, 1986.

¹¹⁷ R. SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, 229 ss.

¹¹⁸ Occorre, a tal riguardo, accennare brevemente alla sintomatologia dell'infermità nota come "paranoia", costituita essenzialmente da quei disturbi noti come idee deliranti. Si tratta di idee errate ma non suscettibili di correzione finché perdura la particolare condizione morbosa che le ha prodotte.

Sono idee dal contenuto erroneo ma tanto incorreggibili da sfidare qualunque dimostrazione critica. Possono essere non sistematizzate se si tratta di idee variabili e senza coesione, ma possono essere sistematizzate cioè coordinate, unite da una certa logica, fisse intorno ad un punto, e sono certamente le più pericolose.

Nella paranoia il delirio è sempre contenuto nei limiti del possibile e del verosimile: non sconfinava mai nell'assurdo, nel fantastico, nel paradossale, come accade, invece, per esempio, per la schizofrenia.

specializzante ora non più presente nel nostro ordinamento a seguito della abrogazione *ex art. 1, l. 5 agosto 1981, n. 442*), ma sarebbe del tutto irrilevante.

- nel caso del melanconico che uccide per farsi arrestare, l'errore è irrilevante (il movente non è, di regola, elemento del reato, né, quindi, elemento su cui possa ricadere l'errore rilevante per il diritto);

Al riguardo, la differenza fra "*movente*" ed atteggiamento psicologico è stigmatizzata dalla Suprema Corte: "il movente è la causa psichica della condotta umana e costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire; esso va distinto dal dolo, che è elemento costitutivo del reato e riguarda la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento"¹¹⁹. Per "*movente*" si intende, quindi, la motivazione che ha indotto una persona a commettere un reato, la ragione concreta che ha spinto il reo a macchiarsi del delitto. Il movente non costituisce un elemento essenziale del reato: ciò significa che si può essere puniti anche quando il crimine è stato commesso senza una particolare ragione.

Pur essendo irrilevante ai fini dell'integrazione del dolo, il movente può comunque rilevare, come circostanza attenuante o aggravante. L'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale (per esempio, uccidere un proprio congiunto per porre fine alle sue insostenibili sofferenze di malato terminale) o, al contrario, per motivi abietti o futili (accoltellare mortalmente un automobilista dopo un banale diverbio per un parcheggio) possono, rispettivamente, diminuire (art. 62, comma 1, n. 1, c.p.) o aggravare (art. 61, comma 1, n. 1, c.p.) la pena.

Affermare, come fa la giurisprudenza, che dolo e colpa si riscontrano nel comportamento del non imputabile e negare la rilevanza dell'errore ogniqualvolta la causa di incapacità si riverberi sull'errore stesso significa svuotare, nei fatti, la portata del principio espresso, secondo cui il Codice Penale non distingue tra elemento soggettivo dell'imputabile ed elemento soggettivo del non imputabile.

L'errore di fatto riguarda i contenuti di senso-percezioni e rappresentazioni: occorre che l'agente "*senso-percepisca*" alcune note della situazione concreta e le leghi a note oggetto di rappresentazione, proiettate nel futuro. Ebbene, non dovrebbe esserci differenza tra la situazione di errore dell'imputabile e la situazione di errore del non imputabile: non c'è differenza

Inoltre, nella paranoia mancano disturbi psicosensoriali quali illusioni e allucinazioni; resiste una certa lucidità mentale, seppure sia delirante, ed è quindi errato, il punto di partenza. Forme di paranoia sono, appunto, il delirio di grandezza, il delirio di gelosia, il delirio di rapporto, il delirio erotico, il delirio persecutorio, la querulomania).

¹¹⁹ La Suprema Corte ha precisato che "il movente non è necessariamente razionale, poiché le cause psichiche dell'agire umano sono aperte alle ispirazioni e agli impulsi più vari e misteriosi, insondabili come la complessità dell'animo umano": Cass. pen., Sez. I, 14 febbraio 2012, n. 31449; Cass. pen., Sez. I, 19 gennaio 1994, n. 466.

di disciplina, tutto discende dalle normali regole sull'errore di fatto (non dovrebbero rilevare le ragioni che hanno portato all'errore di fatto; dovrebbe rilevare soltanto l'errore, nei termini di legge).

Secondo alcuni autori, se la pericolosità sociale si incentra sul reato e il reato, per venire ad esistenza, deve presentare le caratteristiche psicologiche imposte dalle regole di ordinamento, non si potrà utilizzare la pericolosità proprio per superare queste stesse regole. Non si potrà, quindi, invocare la pericolosità in senso penale per esigere una diversa disciplina di elemento soggettivo per il non imputabile¹²⁰.

Ma c'è chi ha affrontato la questione del c.d. paradosso dell'incapace prosciolti da un altro punto di vista: sarebbe utile, in tal senso, riflettere sulla più recente collocazione, di matrice tedesca, di una parte (oggettiva) del dolo e della colpa nella tipicità, esaminata in precedenza nel § 2, così da valutare se l'accertamento del fatto utile all'applicazione della misura di sicurezza al non-imputabile possa essere al netto degli aspetti soggettivi del dolo e della colpa¹²¹.

Si conferma che il riconoscimento del ruolo svolto dal dolo e dalla colpa sul piano della *tipicità soggettiva* ed anche sul piano della colpevolezza (*doppia posizione*), non risponderebbe a una mera opzione dogmatica, ma rifletterebbe una ben precisa realtà sostanziale: se dolo e colpa, da un lato, sono caratteristiche coesenziali alle condotte dominabili dall'uomo che producano eventi offensivi di beni giuridici, costituendone forme di manifestazione non scindibili, se non concettualmente, dal profilo materiale, essi costituiscono, dall'altro lato, condizioni necessarie perché un giudizio di colpevolezza *possa esistere*. Un accadimento naturalisticamente prodotto dall'uomo non è di per sé rimproverabile e lo diviene soltanto *se sussistono* dolo o colpa, come bene si evince dalla stessa motivazione della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale¹²². Dolo e colpa, quindi, assumono un significato del tutto

¹²⁰ V., *ex multis*, M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente*, cit., 161.

¹²¹ Sulla concezione della tipicità soggettiva, cfr. anche K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino, 2024, la quale Autrice, alla luce dei propri precedenti studi dedicati alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (in particolare, al rapporto tra causalità ed evitabilità) ed alla c.d. teoria del rischio, per quanto improntate alle migliori intenzioni, volge lo sguardo verso il lato soggettivo dell'illecito, assumendo un diverso, e per certi versi opposto, punto di osservazione: non più la prospettiva *ex post* della imputazione (ovvero quella della oggettività misurata sul nesso tra condotta ed evento e in termini di offensività del fatto), bensì la prospettiva *ex ante* della illiceità (ovvero quella della soggettività riferita alla rilevanza penale della condotta segnata da dolo e colpa).

¹²² M. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, I, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), Milano, 2000, 221: la rilevanza, ai fini della responsabilità penale, della possibilità, per il soggetto agente, di conoscere la «legge penale», requisito soggettivo di imputazione ineliminabile per ragioni costituzionali, può essere apprezzata solo in presenza di un fatto oggettivamente e soggettivamente tipico; in assenza del quale ignoranza ed errore inevitabili, che di quel requisito rappresentano il "rovescio" in

peculiare fra gli elementi del fatto tipico: seppur la loro esistenza non ci dica molto circa l'entità della colpevolezza, essi non sono mero oggetto del giudizio di colpevolezza ma sue (pre)condizioni, posto che mancando l'uno o l'altro di tali requisiti non è possibile alcun rimprovero (non a caso, invece, può prospettarsi dal punto di vista logico, anche se non rileva ai fini penali, una rimproverabilità della mera intenzione o del mero *habitus* negligente, cioè disgiunta dal fatto tipico oggettivo)¹²³.

Si tratta di considerazioni ed osservazioni valide scientificamente e senz'altro utili dal punto di vista della buona politica legislativa criminale, ma che, allo stato attuale, non sembrano facili da far valere per giustificare positivamente la vigenza di una rigida normativa codicistica, improntata a diversi principi, che ha come presupposto di applicabilità delle misure di sicurezza l'esistenza di un reato (o quasi reato).

10. La supposizione erronea della sussistenza di una scriminante.

La *putatività* è irrilevante quando l'agente reputi erroneamente esistenti circostanze aggravanti o attenuanti (e, per queste ultime, salva l'ipotesi di cui all'art. 60 c.p.), sicché esse non sono valutate contro o a favore di lui.

La *putatività* è invece *rilevante* in ordine alle circostanze di esclusione della pena: l'art. 59, comma 4, c. p. stabilisce infatti che solo tali circostanze ritenute esistenti da parte dell'agente, mentre in realtà non esistono, sono sempre valutate a favore di lui.

Il principio *vale* senza eccezione per le circostanze di esclusione del reato (cause di giustificazione, scusanti¹²⁴), anche nei casi in cui la causa di esclusione non sia espressamente prevista. Precisamente, il codice prevede che le scriminanti e le esimenti effettive siano valutate a favore del reo, ancorché non conosciute (cioè nell'ipotesi di ignoranza, intesa come assenza di qualsiasi persuasione) o per errore ritenute inesistenti (cioè nell'ipotesi di persuasione contrastante con la realtà).

Per quanto concerne le circostanze erroneamente supposte, la prima parte del comma 4 dell'art. 59 c. p. stabilisce l'equazione fra reale e putativo e perciò

negativo, così come l'errore sul fatto è il "rovescio", in negativo del dolo, sarebbero stati intellettivi privi di significato per il diritto penale.

¹²³ L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 25; *Contra*, G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 829 ss., il quale definisce l'assunto della compatibilità di un *illecito doloso con una colpevolezza colposa* uno *stravagante corollario* della tesi che sostiene la doppia posizione.

¹²⁴ Per un'adeguata configurazione delle cause di esclusione del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza, cfr. G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, *Enc. Dir.*, 619 ss.

la valutazione a favore dell'autore di situazioni che il soggetto si sia rappresentato per errore, ovviamente non determinato da colpa.

Sulla volizione, quindi, può incidere anche la supposizione erronea di scriminante ex art. 59, comma 4, c. p. : supposizione erronea di un complesso di elementi di fatto e di diritto che se fossero realmente presenti realizzerebbero un'esimente. Circostanza in cui l'agente, a cagione della sua patologia, erra sugli elementi costitutivi della scriminante (supposizione erronea di scriminante, che si basa su elementi in realtà inesistenti e che dipendono dalle condizioni mentali dell'agente).

Ciò che conta è che tanto l'elemento soggettivo richiesto dalla struttura della causa di non punibilità quanto l'errore sugli elementi materiali costitutivi di quest'ultima, tutto basato su cause che dipendono dalla condizione mentale dell'agente, si realizzino contestualmente alla rappresentazione del fatto) (anche il tal caso sulla volizione del fatto interviene la patologia). Si immagini il caso di chi uccide una persona che, nel delirio, ritiene stia per aggredirlo (Tizio è vittima di un delirio allucinatorio per effetto del quale si vede perseguitato da un killer che impugna una pistola: Tizio crede di aver agito in una situazione corrispondente allo stato di legittima difesa putativa), oppure al caso limite dello schizofrenico che, immaginando che un extraterrestre stia per incenerirlo con la propria pistola laser, tira fuori un fucile e spara, colpendo a morte un ignaro passante identificato per l'extraterrestre. Si ricordi che la schizofrenia è caratterizzata dalla dissociazione mentale: nel campo della percezione, sono frequenti le allucinazioni acustiche e dell'olfatto e, nel caso di schizofrenia paranoide, esistono fenomeni allucinatori visivi: il soggetto perde contatto con la realtà esterna e vive in un mondo irreali che gli si è creato nella mente. Si distingue dalla paranoia proprio perché di solito le idee deliranti sono assurde).

Se si accede alla tesi secondo cui anche al non imputabile si applica l'art. 59, comma 4, c.p. (che parla di "agente", senza fare differenza alcuna fra chi è capace di intendere e volere e, quindi, imputabile, e chi non lo è), con le relative conseguenze, in un caso del genere la supposizione, seppur erronea, di presenza di una causa di giustificazione, ovvero sia di un elemento negativo, impedirà la verifica del reato: se c'è supposizione erronea di scriminante, seppur originata da una distorta e malata rappresentazione della realtà, non può dirsi integrato il dolo.

Lo stesso dicasi nel caso in cui la malattia impedisca la rappresentazione del fatto positivo di reato (art. 47 c.p.) (in entrambi i casi, il reato non si realizza e la patologia incide prima ancora che sulla sottoposizione a pena, addirittura sull'esistenza stessa dell'illecito penale).

Invece, in genere, viene ordinariamente ritenuta la semi-infermità per il fatto provocatorio meramente putativo, riferito al solo stato d'animo

dell'agente, non sostenuto da dati di fatto concreti che siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'imputato di trovarsi in tale situazione¹²⁵.

Ai fini della causa di giustificazione della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale di cui all'art. 393-bis c.p. (ad esempio, pubblico ufficiale operante una perquisizione personale o domiciliare in assenza di elementi obiettivi idonei a giustificare l'atto, o che conduca illegittimamente il privato in Questura o in caserma per l'identificazione, ecc.) in forma putativa, la Suprema Corte ha ribadito che l'esimente deve basarsi non su un mero criterio soggettivo, ma su dati fattuali concreti, che l'imputato ha l'onere di allegare, tali da giustificare, in base a una valutazione *ex ante* l'erroneo convincimento, in capo all'agente, di trovarsi in tale stato¹²⁶.

Viceversa, come detto, sarebbe errore irrilevante quello del paranoide che uccide, senza rappresentarsi gli estremi della legittima difesa, chi crede che lo stia perseguitando. Invece, tale non è il parere della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale, seppur al di fuori dei confini propri della circostanza, "se il fatto provocatorio è meramente putativo, trovando la sua radice soltanto nelle alterate condizioni mentali del reo, queste, se costituenti malattia comportante il riconoscimento della seminfermità mentale, conducono di già ad una diminuzione di pena per specifiche ragioni e, pertanto, non possono giocare ulteriormente in favore dell'imputato, equiparando il fatto putativo a quello reale, per la concessione della attenuante della provocazione"¹²⁷. Quindi, semi-infermità per la provocazione putativa ed in più diniego di riconoscimento della circostanza attenuante della provocazione.

11. L'applicazione del principio "In dubio pro reo" anche per l'imputabilità.

Un ulteriore, ma non meno importante, profilo (più aderente al diritto penale processuale che a quello sostanziale), riguarda il dubbio sull'imputabilità.

L'"oltre ogni ragionevole dubbio" è un principio che permea l'intero ordinamento processuale e che trova espressione nelle garanzie fondamentali riguardo al processo penale: la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa, l'enunciazione del principio "in dubio pro reo" e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 111, comma 6, Cost. e 192, comma 1, c.p.p.¹²⁸, e costituisce oggi la

¹²⁵ Cass. pen., 13 gennaio 2005 (dep. 16 dicembre 2005) n. 436, *Dir. pen e proc.*, 2006, 449.

¹²⁶ Cass. pen., 1 febbraio 2023, n. 22903, in *www.brocardi.it*.

¹²⁷ Cass. pen, Sez. I, 28 dicembre 1971, n. 574.

¹²⁸ G. CANZIO, *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: reasoning by probabilities*, in G. CANZIO - L. LUPARIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2022.

traduzione normativa, espressa del principio costituzionale, della presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.).

Per conseguire un risultato caratterizzato da elevata credibilità razionale, il giudice non solo non può affidarsi a congetture o supposizioni, ma deve tenere conto di tutte le emergenze processuali che concorrono ad assicurare l'alto grado di credibilità logico-razionale che deve contraddistinguere la sua decisione, secondo il modello introdotto dalla nota sentenza "Franzese" del 2002 delle Sezioni Unite in tema di causalità omissiva¹²⁹. A partire da tale sentenza, la probabilità logico-razionale assurge a generale canone ermeneutico-epistemologico del processo penale.

La pronuncia è notissima ed è stata commentata molte volte. Si deve proprio alle Sezioni unite penali della Suprema Corte, tra le varie elaborazioni, un potente richiamo al principio del ragionevole dubbio. Infatti, la sentenza appena ricordata, pronunciandosi sul tema del rapporto di causalità, ha affermato il paradigma della "probabilità logica", in linea con l'assunto della necessità di raggiungere la prova della colpevolezza al di là di ogni "ragionevole dubbio".

Non è, cioè, consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi

¹²⁹ Cass. S. U., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), n. 30328, imp. Franzese, Rv. 222138–222139: "Nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. In tema di reato colposo omissivo improprio, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del nesso causale tra condotta ed evento, e cioè il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante dell'omissione dell'agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo comportano l'esito assolutorio del giudizio". Detta pronuncia riordina la materia della causalità omissiva e della responsabilità penale per *medical malpractice*, attraverso una lettura dell'art. 40 c.p., la quale: a) fa leva sulla teoria condizionalistica, temperata dalla teoria della causalità umana, incoativamente contenuta nell'articolo successivo; b) ritiene inadeguato l'impiego di cristallizzati coefficienti numerici rispetto ad un discorso formulato in termini qualitativi, ritenuto più consono alle scienze sociali; c) ricolloca l'esigenza di riscontri sufficienti e non contraddittori sul piano probatorio dei criteri di accertamento degli elementi costitutivi del fatto (e non sul piano contenutistico del computo dei coefficienti statistici), superando la confusione, operata dalle più recenti pronunce della IV Sezione, fra prova del fatto e qualificazione del fatto; d) ammette l'impiego di frequenze probabilistiche (anche medio-basse) purché siano effettivamente pertinenti all'accertamento concreto del fatto. Cfr, *ex multis*, G. CANZIO, *A dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2022; C. CONTI, *La prova scientifica alle soglie dei vent'anni dalla sentenza Franzese: vette e vertigini in epoca di pandemia*, *Sist. pen.*, 9 febbraio 2021; P. TONINI, *L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1229.

accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel *caso concreto*, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile. *L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio*, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva (del medico) rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio. E la 'probabilità' non fa riferimento al grado di convincimento personale del giudice, ma al "grado di conferma che l'ipotesi fattuale può trovare nelle prove acquisite"¹³⁰.

Tornando più direttamente all'oggetto della trattazione, è opinione condivisa che sussista una *presunzione iuris tantum* di imputabilità dei soggetti maggiorenni in forza della quale l'imputato adulto è presunto capace di intendere e di volere a meno che non provi il proprio vizio di mente o un'altra causa di esclusione della propria imputabilità¹³¹.

Questa impostazione tradizionale, che sembra risentire dell'influenza della *presunzione di imputabilità* disposta dal § 4 del canone 1321 del Codice di Diritto Canonico¹³², afferma, dunque, una presunzione semplice di imputabilità del maggiorenne sulla base del dato indiziante della maggiore età e della massima di esperienza secondo cui a sanità psichica risponde all'*id quod plerumque accidit*. È consentito così affermare, per via logica, che l'adulto è imputabile senza necessità di un apposito vaglio.

Alcuni autori, tuttavia, ritengono tale presunzione "non del tutto soddisfacente"¹³³, in quanto essa autorizzerebbe il giudice a ritenere sussistente l'imputabilità *pur in caso di dubbio sulla stessa* (secondo le regole generali che governano le presunzioni) pervenendo alla condanna dell'imputato; tale conclusione sarebbe incompatibile soprattutto con la versione del principio di colpevolezza di cui l'imputabilità costituisce un presupposto.

¹³⁰ O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012.

¹³¹ M. BERTOLINO, in E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice Penale commentato*, cit., 1618; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 348; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 239; in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 15 dicembre 2015, n. 7222, Cass. 15218/2007, in *Guida dir.*, 2007, 20, 94.

¹³² Il canone 1321, § 4, del Codice di Diritto Canonico, inserito nel Titolo III concernente il soggetto passivo delle sanzioni penali, dispone che "*Posita externa violatione, imputabilitas praesumitur, nisi aliud appareat*", cioè che "Posta la violazione esterna l'imputabilità si presume, salvo che non appaia altrimenti". Detta norma stabilisce quindi non una presunzione di dolo (intenzione deliberata di violare la legge), bensì d'imputabilità (libertà nell'azione o nell'omissione che viola l'interesse protetto dalla legge). Di conseguenza, il venir meno della presunzione non dipende solo dalla prova contraria, ma anche da altre circostanze concorrenti: tale è il senso dell'espressione *nisi aliud appareat*.

¹³³ M. ROMANO, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 7.

Il diverso orientamento da ultimo richiamato ritiene, al contrario, che una volta accertata la capacità di intendere e di volere, residuerebbe sempre la possibilità per l'imputato di contestare l'applicabilità della predetta massima d'esperienza al caso concreto. Tale facoltà non sarebbe un vero e proprio onere legale, ma una mera esigenza di fatto, consistente nel contrastare un accertamento che volge a proprio sfavore; con la conseguenza che la regola di giudizio torna ad essere quella sancita all'art. 530 cpv. c.p.p. e valida per qualsiasi elemento rilevante ai fini della punibilità: *in dubio pro reo*¹³⁴.

Aderendo a questa seconda impostazione, si può affermare che, qualora intervenga un serio dubbio sulla sussistenza della capacità di intendere e di volere, il giudice ha due alternative: accertare l'insussistenza dell'incapacità o prosciogliere l'imputato¹³⁵.

Ritornando al punto di vista processuale, in premessa, si ricorda che l'accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato non necessita della richiesta di parte, ma può essere compiuto anche *d'ufficio* dal giudice del merito, allorché vi siano elementi per dubitare dell'imputabilità¹³⁶.

Il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità, a norma dell'art. 425 c.p.p. solo dopo aver accertato la configurabilità, in termini materiali di colpevolezza, del reato attribuito all'imputato stesso¹³⁷.

Costituisce principio fondante dell'ordinamento processuale penale fissato dall'art. 533, comma 1, c.p.p. (oltre che acquisizione culturale del comune sentire giuridico attuale che trova essenziale espressione nelle ricordate garanzie fondamentali riguardo al processo penale: la presunzione di innocenza dell'imputato, l'onere della prova a carico dell'accusa e l'obbligo di motivazione e giustificazione razionale della decisione a norma degli artt. 27, comma 2 e 111, comma 6 Cost. e 192, comma 1, c.p.p.)¹³⁸ - a seguito della codificazione del canone *in dubio pro reo*, dopo l'entrata in vigore della l. 20 febbraio 2006, n. 46, c.d. "Legge Pecorella" (sull'inappellabilità delle sentenze di non luogo a procedere, la quale ormai vive solo in parte per l'art. 428 c.p.p.) - che il giudice pronuncia sentenza di condanna quando la colpevolezza dell'imputato è provata al di là di "ogni ragionevole dubbio".

¹³⁴ G. PECORARO, *Sull'insussistenza di una presunzione relativa di imputabilità del maggiorenne*, Cass. Pen. 2008, 2431 ss.; sul punto anche A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e «affirmative defenses»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 238 ss.

¹³⁵ M. ROMANO, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico*, II, cit., 8.

¹³⁶ Cass. pen., 19 maggio 2015, n. 37850, in *Dir. giust.* 2015.

¹³⁷ Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2008 n. 38579, cit. ((Nella specie, la Corte ha annullato la sentenza di merito che si era limitata a dare atto della mancanza di «evidenti cause di proscioglimento nel merito»).

¹³⁸ A. B. FIORETTI, *Oltre ogni ragionevole dubbio. La crisi dei concetti di imputabilità, infermità e pericolosità sociale*, Amazon Kindle Direct Publishing, 2021, 61-62.

È la ragionevolezza del dubbio a rappresentare il *discrimen*, la linea di confine tra condanna e assoluzione, tra certezza e incertezza processuali, nel giudizio sulla responsabilità dell'imputato¹³⁹.

In altri termini, la statuizione di condanna può essere pronunciata nel momento in cui il Giudicante abbia ricostruito un quadro cristallino dei fatti in causa, e dell'imputabilità di questi, prospettando un elevatissimo grado di credibilità razionale, confinante con la certezza processuale della responsabilità dell'imputato. Il minimo dubbio sul punto inficia la decisione di manifesta illogicità facendo vacillare vieppiù l'ipotesi ricostruttiva circa la certezza processuale pervenuta¹⁴⁰, considerato il ricorso al parametro/canone valutativo di matrice nordamericana dell'oltre il ragionevole dubbio (*"beyond a reasonable doubt"*), che è insieme regola probatoria e di giudizio.

Sussiste il ragionevole dubbio e si impone, viceversa, la sentenza assolutoria, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p. quando manca ovvero è insufficiente ovvero è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo abbia commesso, che il fatto costituisca reato ovvero, infine, che il reato sia stato commesso da persona imputabile.

È noto l'avvenuto superamento dell'orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi in passato in contrasto con la dottrina anche allora dominante, che riteneva inapplicabile l'antica formula dubitativa sull'esistenza delle cause di giustificazione, delle cause personali di non punibilità e della condizione di non imputabilità, sul presupposto che si trattasse di "fatti impeditivi", e, quindi, necessitanti di prova piena per essere operanti (*in dubio contra reum* quanto ai fatti impeditivi).

La condizione di non imputabilità veniva equiparata – quanto all'onere probatorio - all'elemento negativo del fatto, il c.d. "fatto impeditivo".

Al contrario, alla stregua della vigente disciplina (e visione) processuale, sarebbe da escludere che ci si trovi di fronte ad elementi negativi del fatto ed il giudice dovrebbe attenersi alla regola di giudizio specifica, alla stregua della quale da un lato, al P.M., diversamente per quanto accade per gli elementi essenziali del reato o per le condizioni obiettive di punibilità, può non competere l'onere (invero diabolico) di provare l'inesistenza di ogni possibile causa di giustificazione o di non punibilità o di non imputabilità, ma, dall'altro andrebbe disposta l'assoluzione dell'imputato, come nei casi di insufficienza o di contraddittorietà della prova a carico *ex art.* 530, comma 2, c.p.p., laddove sorga anche solo il ragionevole dubbio (ovvero un principio di prova o una prova incompleta) sulla ricorrenza di una di esse.

¹³⁹ G. CARLIZZI, *La regola del ragionevole dubbio nel processo penale, con particolare riguardo al giudizio di cassazione*, in *Foro it.*, 2021, II, 209.

¹⁴⁰ Cass. pen., Sez. II, 16 Giugno 2020, n. 18313, *www.diritto.it*.

Anche se, ad onor del vero, l'art. 530 c.p.p., al successivo comma 3, (*in dubio pro reo* quanto ai fatti estintivi) cita esplicitamente solo le cause di giustificazione e le cause personali di non punibilità, ma non la condizione di inimputabilità, il giudice, in applicazione dell'art. 530, comma 2, c.p.p., può escludere, ritenere o porre in dubbio la sussistenza della capacità di intendere e di volere al momento del fatto e che deve emettere, correlativamente, la propria decisione in forma dubitativa se non accertata al di là di ogni ragionevole dubbio l'imputabilità dell'imputato¹⁴¹, ed il relativo onere probatorio non è attribuito all'imputato, quale prova di una eccezione, bensì alla pubblica accusa¹⁴².

In definitiva, all'insuperabile dubbio (ragionevole) sull'imputabilità, alla pari di prova insufficiente o contraddittoria, dovrebbe corrispondere la formula terminativa dell'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.¹⁴³.

In tema di patteggiamento, infine, la manifestazione di volontà espressa dall'imputato (sia che assuma l'iniziativa del concordato sulla pena sia che aderisca alla proposta del P.M.) è un atto negoziale personalissimo che presuppone necessariamente la capacità di intendere e di volere¹⁴⁴. La capacità di intendere e di volere dell'imputato, insieme alla sua capacità di stare in giudizio, integrano dei presupposti fondamentali per un giudizio che si concluda con l'affermazione di responsabilità dell'imputato. Ne consegue che i dubbi sull'imputabilità, anche qualora emersi dopo l'emissione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, incidono sulla validità del consenso prestato nell'ambito della procedura di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.¹⁴⁵.

12. Imputabilità e neuroscienze.

Fin dall'Ottocento il giudice, durante il processo si avvale di "esperti", che collaborano per valutare le capacità psichiche dell'imputato, al fine di pervenire a decisioni di responsabilità penale al di là di ogni ragionevole dubbio.

Oggi, in materia di imputabilità, e, in particolare di infermità di mente, accanto agli strumenti tradizionali (ad esempio, la perizia ex artt. 220 ss. c.p.p., etc.), hanno assunto nel tempo rilievo crescente le *neuroscienze*, rientranti a

¹⁴¹ Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 2016 (dep. 27 febbraio 2017), n. 9638, in *www.canestrinilex.com*.

¹⁴² Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 2011, n. 33750; Rv. 185807 del 1990; Rv. 120431 del 1971.

¹⁴³ Corte d'Assise di Trento 27 aprile 2010, n. 1/10.

¹⁴⁴ Cass. pen., Sez. VI, 2-5 aprile 2012, n. 13183: "La manifestazione di volontà espressa dalla parte privata-imputato è atto negoziale di assoluta rilevanza incidente sul suo diritto di libertà che richiede piena consapevolezza rappresentativa e deliberativa degli effetti giuridici che l'espressione del consenso al patteggiamento della pena produce", <https://dirittopenaleprocedura.blogspot.com>.

¹⁴⁵ Cass. pen., Sez. VI, 21 gennaio 2016, n. 7530, *Dir. giust.*, 2016.

pieno titolo tra gli strumenti appartenenti alla "nuova prova scientifica"¹⁴⁶ all'interno del processo penale (riguardo all'imputabilità, pericolosità sociale, capacità di stare in giudizio, idoneità a testimoniare), le quali si fondano su metodiche oggettive in grado di migliorare l'indagine sulle basi biologiche del disturbo mentale e del comportamento criminale, con il limite, rispetto a quest'ultimo, di non poter fornire certe e affidabili informazioni predittive¹⁴⁷.

Tra le metodologie utilizzate, tecniche di *imagining* strutturale o morfologico, di *imaging funzionale* (il "Control Question Test" e gli infrarossi, la Risonanza Magnetica funzionale-fMRI e la Tomografia a Emissione di Positroni-PET, il poligrafo con "Gulty Knowledge Test"-GKT, i "Potenziali Evocati Cognitivi-ERP")¹⁴⁸, e tecniche di *genetica comportamentale*.

In quest'ultimo caso gli esami verificano l'esistenza di varianti polimorfiche nei geni, significativamente associate in letteratura ad un aumento di rischio di comportamenti aggressivi.

Generalmente conosciute come "neuroimaging" o "brain imaging"¹⁴⁹ e volte alla misurazione morfologica e del metabolismo cerebrale attraverso ricostruzioni tridimensionali del cervello, queste "neuro immagini" mostrano il ruolo determinante della porzione di corteccia corrispondente ai lobi frontali del cervello nell'attività di regolazione e inibizione degli impulsi aggressivi e la

¹⁴⁶ Sulla quale sia consentito rinviare, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, a S. DI PINTO, *La prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. Pol.*, 2018, n. IX-X, 909-946, bibliografia; volendo, per un particolare profilo, S. DI PINTO, *L'esecuzione della pena e l'istituto dell'affidamento in prova a fini terapeutici nei casi di tossicodipendenza*, in *Riv. Pol.*, 2023, n. III-IV, 191-244.

¹⁴⁷ M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - M. CAPUTO (a cura di), *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Jovene, Napoli, 2014, 129.

¹⁴⁸ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce? Criminologia e determinismo, neuroscienze*, Raffaello Cortina Editore, 2012.

¹⁴⁹ Nella letteratura straniera, in favore della tecnologia del *brain imaging*, oltre al fondamentale M. S. GAZZANIGA - R.B. IVRY - G.R. MANGUN, *Neuroscienze cognitive*, International student edition, Bologna, 2015. Cfr. M.J. BLITZ, *Searching Minds by Scanning Brains*, Neuroscience Technology and Constitutional Privacy Protection, Oxford, 2017; L. MERCHAN-ROJAS, *Neurosciences and forensic psychopathology: Contributions to law and the administration of justice*, in *Acta Colombiana de Psicología*, 2017, 20, 1, 286-287; G. MEYNEN, *Neurolaw: recognizing opportunities and challenges for psychiatry*, in *Journal Psychiatry Neurosci.*, 2016, 41, 1, 1; K. SCHILTZ - M. SCHÖNE - B. BOGERTS, *Contribution of neurosciences to forensic psychiatry*, *Article@Beitrag der Neurowissenschaften zur forensischen Psychiatrie*, in *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 2016, 10, 4, 274-283; E.N. MOWLE - J.F. EDENS - J.W. CLARK - K. SOERMAN, *Effects of Mental Health and Neuroscience Evidence on Juror Perceptions of a Criminal Defendant: the Moderating Role of Political Orientation*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 2016, 34, 6, 726-741; O.D. JONES - A. D. WAGNER - D.L. FAIGMAN - M.E. RAICHLER, *Neuroscientists in Court*, in *Nature Reviews Neuroscience*, 2013, 14, 730; A. LAMPARELLO, *Neuroscience, Brain Damage, and the Criminal Defendant: Who does it help and where in the criminal proceeding is it most relevant?*, in *Rutgers L. Rec.*, 2012, 39, 161; N. A. VINCENT, *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, 2013.

correlazione tra "deficit" strutturali e funzionali dell'area prefrontale e l'insorgere di comportamenti violenti.

In particolare, è proprio la neuroscienza comportamentale ad avere come oggetto di indagine i meccanismi cerebrali considerati nella specifica prospettiva del comportamento, nelle sue manifestazioni sensorie, motorie, cognitive ed emotive (quali l'intelligenza, l'introversione, l'estroversione, il comportamento aggressivo ed antisociale, l'orientamento sessuale, le dipendenze varie), "nel tentativo di individuare i geni che possono giocare un ruolo nel determinare l'espressione di tali tratti"¹⁵⁰.

Alla neuroscienza comportamentale si sovrappone, in parte, quella cognitiva che riguarda le basi neurali dei meccanismi biologici sottesi ai processi cognitivi, ai processi cosiddetti "mentali" (percezione, decisione, memoria, azione, linguaggio, ragionamento, apprendimento), i quali sono alla base dell'agire umano.

Per esemplificare, tra i test troviamo l'*Implicit Association Test* (I.A.T.), un esame del ricordo autobiografico volto a misurare la forza dei legami associativi tra i concetti rappresentati in tale procedura, che tende a verificare l'esistenza di una traccia di memoria, di un'informazione, all'interno della mente di un soggetto, sulla base dei suoi tempi di reazione. Secondo i creatori di questo test (R. Greenwald e colleghi nel 1998) il ricordo naturale o compatibile, avrebbe un tempo di reazione molto rapido, mentre un aumento anche infinitesimale di quest'ultimo, segnalerebbe il superamento di un conflitto cognitivo, nel rispondere in modo non vero al ricordo presente nella sua memoria.

Quindi, minori sono i tempi di reazione, maggiore è l'attendibilità¹⁵¹.

Il *Time Antagonistic Response Alethiomete* (T.A.R.A.) è diretto a verificare la presenza, in un determinato soggetto, di una traccia mnemonica di un evento autobiografico significativo.

Sempre attraverso l'utilizzo di un computer, la suddetta tecnica si fonda sulla cronometria cognitiva (procedimento molto simile a quello dello I.A.T.), in cui viene formulata una successione alternata di affermazioni come "vere" o "false", nel modo più veloce e preciso possibile, per produrre le quali l'individuo sottoposto ad esame deve premere uno dei due tasti indicati.

Tale tecnica, ha la sua peculiarità nel fatto che crea una situazione artificiale in cui mentire è più impegnativo del rispondere in modo veritiero, aumentando così i tempi di risposta nel primo caso.

¹⁵⁰ C. CONTI, *La prova scientifica*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA, Torino, 2013.

¹⁵¹ G. SARTORI – A. AGOSTA, *Menzogna, cervello e Lie Detection*, in A. Bianchi – G. GULLOTTA – G. SARTORI (a cura di), *Manuale di Neuroscienze Forensi*, Milano, 2009, 172-190; C. BONA – R. RUMIATI, *Psicologia cognitiva per il diritto. Ricordare, pensare, decidere dell'esperienza forense*, Bologna, 2013, 69.

Ampiamente utilizzato nella ricerca sulla cognizione e sulle emozioni, è inoltre lo "Iowa gambling test", un test psicologico basato sul gioco d'azzardo, utilizzato (specie in neuro-economia) per osservare i meccanismi decisionali della mente umana nella vita reale.

Ideato da A. Bechara, A. Damasio, D. Tranel e S. Anderson (all'epoca ricercatori nell'Università dell'Iowa), è stato usato in diversi esperimenti mirati ad analizzare la capacità di scelta carente in pazienti con lesioni della corteccia prefrontale ventromediale o della corteccia orbitofrontale.

Poiché è stato dimostrato che lesioni in queste aree comportano l'incapacità di rievocare le emozioni relative ad eventi passati, ci si aspetta che i pazienti affetti da tali menomazioni siano incapaci di trarre profitto dalle esperienze precedenti, effettuando le proprie scelte in modo del tutto casuale.

Quanto ai parametri sulla base dei quali valutare la scientificità e quindi l'affidabilità processuale di una teoria scientifica si fa normalmente riferimento all'esperienza della Corte Suprema nordamericana ed in particolare alla celebre sentenza c.d. "Daubert" (seguita dalle successive "Joiner" e "Kumho"), la quale individua come criteri per l'apprezzamento della scienza valida (ossia rilevante e affidabile) la possibilità di verificare e falsificare il principio scientifico da impiegare¹⁵²;

- che esso sia stato oggetto di una revisione paritaria da parte dei componenti della comunità scientifica;
- che i risultati delle ricerche siano stati pubblicati in riviste specialistiche;
- che sia considerata la percentuale di errore, nota o potenziale, della teoria scientifica;
- che siano rispettati gli standard di corretta esecuzione delle operazioni applicative inerenti quel determinato principio scientifico;
- che vi sia stata accettazione della teoria nella comunità scientifica".

In pratica:

- sottoposizione della teoria a test empirici, e in particolare a tentativi sperimentali di smentita;
- sottoposizione della teoria a *peer review* e quindi pubblicazione della stessa su riviste specializzate;

¹⁵² Per la validità del principio scientifico su cui si fonda la prova, non si dovrà più far riferimento al criterio dell'accettazione della comunità di riferimento per vagliare l'attendibilità di una prova scientifica, ma la stessa dovrà essere verificata dal giudice all'interno del processo. I requisiti per l'ammissibilità di una prova scientifica sono: la sua rilevanza (*rule* 401) e l'affidabilità. Quest'ultima va valutata tenendo conto di quanto previsto dalla *rule* 702, ove è previsto che oggetto dell'*expert witness* deve essere una «conoscenza scientifica», ossia, come si legge nella decisione Daubert, «radicata nei metodi e procedimenti della scienza». Per il tenore troppo vago con cui la decisione Daubert definisce la "conoscenza scientifica", cfr. J.A. MORENO, *Beyond the polemic against junk science: navigating the oceans that divide Science and Law with Justice Breyer at the Helm*, in 81 Boston Un. L. Rev., 2001, nt. 37.

- conoscibilità del relativo tasso di errore, accertato o potenziale; infine,
- riscossione di un consenso generale da parte della comunità scientifica di riferimento¹⁵³.

Il principio scientifico e la tecnologia, inoltre, devono essere non solo teoricamente validi, ma anche applicati correttamente nel caso concreto; tale correttezza dell'utilizzo deve essere oggetto di un controllo specifico da parte del giudice.

Secondo quanto previsto dalla *rule* 702, l'apporto dell'esperto deve essere d'ausilio al giudice nella ricostruzione del fatto oggetto di giudizio. Da tale previsione discende un ulteriore requisito, oltre a quello della rilevanza (*rule* 402), che in tal caso però si riferisce non all'oggetto di prova, bensì al principio scientifico e al metodo utilizzati, che devono necessariamente fornire conoscenze per la ricostruzione del fatto nel singolo caso concreto (requisito definito con il termine *fit*)¹⁵⁴.

Almeno in relazione al caso oggetto di tale giudizio, pertanto, la consulenza neuro-scientifica di parte sembra non aver superato il c.d. "Test

¹⁵³ La decisione *Daubert v. Merrel dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509, US, 579, 589, 1993, avviene nel 1993 e segna il definitivo abbandono del *General acceptance test* (in cui il giudice, nel vagliare l'affidabilità della prova, si rimette all'*ipse dixit* della comunità scientifica), lasciando alle sue spalle il metodo della preventiva individuazione dell'adeguatezza della conoscenza specializzata. Il giudice, infatti, acquista adesso a tutti gli effetti il ruolo di *gatekeeper*, con il compito di verificare sia la rilevanza nel caso concreto, sia l'affidabilità in astratto della prova scientifica; egli infatti non dovrà più rimettersi all'*ipse dixit* della comunità scientifica, ma dovrà vagliare direttamente l'affidabilità dello strumento tecnico-scientifico utilizzato nell'assunzione della prova. Cfr. K.R. FOSTER - P.W. HUBER, *Judging science: scientific knowledge and the Federal Courts*, MIT Press, 1997, 12 ss.; P. W. HUBER, *Galileo's Revenge: junk science in the Courtroom*, 2 ss.; C. STERLOCCHI, *Gli standards di ammissibilità della prova penale scientifica nel processo statunitense, in Scienza e processo penale*, a cura di C. CONTI, Milano, 2011, 401. M.A. BERGER, *The Supreme Court's trilogy on the admissibility of expert testimony*, in *Federal Judicial Center - Reference manual on scientific evidence*, 2nd edition, Washington.

¹⁵⁴ Si veda A. DONDI, *Problemi di utilizzazione delle "conoscenze esperte" come "expert witness testimony" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1143. Nella stessa decisione *Daubert* si riporta, a titolo esemplificativo, l'esempio di una prova scientifica finalizzata a dimostrare come la luna piena, in una determinata notte, abbia potuto influenzare il comportamento del soggetto: in tal caso, la prova non è ammissibile, perché non vengono fornite informazioni utili alla ricostruzione del fatto. Per fare un esempio più realistico, si consideri il caso *United States v. Downing*, in cui veniva richiesta l'ammissione di un *expert witness* sul tema della fallibilità delle identificazioni eseguite da testimoni oculari qualora avessero avuto ad oggetto una persona di razza diversa o fossero state effettuate in condizioni di stress. La corte esclude la prova, rilevando che, non essendo state svolte nel caso concreto identificazioni su persone di razza diversa o sotto condizioni di stress, questa non fosse *fit* (rilevante). Pertanto, dalla *rule* 702 si evince che deve necessariamente sussistere un nesso scientifico tra la prova richiesta e la ricostruzione del fatto oggetto di giudizio.

Daubert" e, di conseguenza, non è stata ritenuta frutto dell'utilizzo di una "scienza valida"¹⁵⁵.

Negli Stati Uniti, la necessità di una più corretta definizione dell'ambito di operatività del Daubert test, specie con riferimento alla discrezionalità esercitata dal giudice nell'elaborare i criteri di controllo, ha fatto sì che in più occasioni la giurisprudenza della Suprema Corte Federale intervenisse: si è così formato un filone giurisprudenziale meglio noto con il nome di "trilogia *Daubert-Joiner-Kumho*"¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cass. pen., Sez. I, 21 luglio 2016, n. 27129, in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2016, n. 54429, in *Pluris*; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2018, n. 26895, in *Giur it.*, 1, 2019, con commento di C. GRANDI, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuro scientifica nel giudizio di imputabilità*.

¹⁵⁶ Si allude alle sentenze *General Electrics Co. v. Joiner* del 1997 e *Kumho Tire Company, Ltd. v. Carmichael* del 1999. Il primo incisivo intervento della Suprema Corte Federale sull'interpretazione dei criteri del Daubert test si è avuto con il caso *Joiner* nel 1997. Con tale decisione, la Corte ha affrontato in particolare due questioni. In primo luogo, ribadita la funzione di *gatekeeper* del giudice, sono stati chiariti i parametri che le corti d'appello devono utilizzare nel riesaminare le decisioni delle corti distrettuali in tema di ammissibilità di prove scientifiche. Tra tali parametri, figura l'*abuse of discretion*, l'abuso della discrezionalità del giudice nell'elaborare i criteri di controllo. Ciò si verifica quando il giudice, in contrasto con le *Federal Rules of Evidence* e con il Daubert test, ammetta un *expert witness* basandosi soltanto su elementi fattuali asseriti dall'esperto (*only by the ipse dixit of the expert*) o su convinzioni soggettive e speculazioni senza fondamento (*subjective belief or unsupported speculation*). Credenze soggettive, speculazioni e asserzioni senza fondamento non rientrano, pertanto, nel concetto di sapere scientifico.

In secondo luogo, la Corte ha affermato che le metodologie utilizzate dall'esperto e le sue conclusioni non devono essere considerate "entità" separate: il giudice è infatti chiamato a controllare non solo la validità delle teorie, ma anche la loro corretta applicazione pratica da parte dell'esperto.

I giudici, pertanto, sono ora chiamati a valutare anche l'"*analytical gap*" tra le premesse e le conclusioni rassegnate dall'esperto, che devono presentare una correlazione molto stretta perché la prova sia ritenuta affidabile. Vi deve essere, quindi, coerenza logica tra l'argomentazione dell'esperto e le sue conclusioni: non basta la validità teorica del metodo, ma occorre anche che tale metodo sia applicato correttamente nel caso concreto. La mancata valutazione, da parte del giudice, della correttezza dei procedimenti inferenziali che dalle teorie portano alle conclusioni, determina un vizio del provvedimento di ammissione.

Nel 1999, con il caso *Kumho*, la Suprema Corte Federale interviene una seconda volta per puntualizzare alcuni aspetti concernenti il Daubert test. Il tema principale riguarda l'individuazione dei criteri da adottare nel vagliare l'affidabilità di una prova scientifica. Si ribadisce, innanzitutto, quanto stabilito nella decisione *Daubert*, con riferimento all'ampia discrezionalità di cui gode il giudice non solo nel valutare l'affidabilità di una prova scientifica, ma anche nell'individuare i criteri di ammissibilità. Il limite a tale discrezionalità è costituito dall'*abuse of discretion*, che, come visto, impedisce al giudice di ammettere un *expert witness* basandosi soltanto su asserzioni fattuali dell'esperto prive di fondamento scientifico. Tale limite era già stato riconosciuto dalla decisione *Joiner*, ma soltanto relativamente al riesame delle Corti d'appello sulle decisioni delle Corti distrettuali in tema di ammissibilità di prove scientifiche. Ora, invece, si afferma che tale parametro deve ispirare già il giudice di primo grado nell'elaborazione di tali criteri, privandosi altrimenti il giudice di un potere discrezionale

Tale metodo è stato avallato successivamente anche dalla Suprema Corte italiana¹⁵⁷.

La dottrina più attenta¹⁵⁸ ha rilevato che i criteri enunciati nella sentenza Daubert (quali ad esempio la verificabilità del metodo, la generale accettazione della comunità scientifica, la conoscenza del tasso di errore) hanno diversi punti di somiglianza con la disciplina dettata dall'art. 189 c.p.p. per le prove atipiche. In particolare, l'idoneità ad assicurare l'accertamento dei fatti, che il giudice deve valutare in sede di ammissione, ben può riguardare proprio i nuovi strumenti tecnico-scientifici e il loro grado di affidabilità sia in astratto (derivante dall'accettazione della comunità scientifica e dalla verificabilità del metodo) sia in concreto (inteso come utilità che ne discenderebbe dall'applicazione al caso oggetto di giudizio).

E' quindi il giudice stesso, con un giudizio *ex post*, ad affermare la scientificità della prova, a scapito di qualunque classificazione *ex ante* sulla base soltanto della generale accettazione della comunità scientifica: e la disciplina di riferimento non può che essere pertanto quella dell'art. 189 c.p.p.¹⁵⁹.

Nella giurisprudenza italiana la sentenza Daubert è stata invocata, ad esempio, in due note sentenze di merito, ovvero la celebre decisione del 2009

indispensabile per scongiurare inutili dispendi di risorse processuali e ritardi ingiustificati, che non si verificherebbero qualora la prova fosse ab origine giudicata inammissibile.

Tuttavia, l'aspetto più importante di tale pronuncia consiste nel riconoscimento della possibilità di esercitare tale potere discrezionale non solo nel caso di esperti con competenze scientifiche o tecniche, ma anche relativamente a conoscenze "altrimenti specializzate", poiché la *rule 702* le accomuna ai saperi scientifici. Tale affermazione della Corte è di fondamentale importanza, se solo si considera che fino a quel momento la validità degli enunciati non scientifici basati sull'esperienza era ritenuta insindacabile. Ne consegue che ogni *expert witness* è soggetta al vaglio di affidabilità da parte del giudice di primo grado, sia essa «di un medico, di un patologo legale, un epidemiologo, un economista, un sociologo, un pompiere, un astronomo, un programmatore o un esperto di pneumatici (come nel caso Kumho)».

Per quel che concerne i criteri di controllo, la Corte afferma che non è possibile predeterminarli rigidamente, dovendosi modellare su ogni singolo caso concreto; la verifica sull'affidabilità va, pertanto, effettuata tenendo conto della specifica questione a cui si riferisce l'*expert witness*.

La decisione Daubert aveva infatti elaborato un "*two-steps test*" per vagliare l'ammissibilità di una prova scientifica: nel primo step il giudice doveva verificare la validità della teoria proposta dall'esperto e l'affidabilità della metodologia; nel secondo, invece, doveva controllare che la prova fosse "*fit*", ossia rilevante rispetto ai fatti oggetto della controversia. Con la decisione Kumho si amplifica il secondo *step*, poiché si pone in primo piano la valutazione delle competenze dell'esperto riferite al caso concreto, così da fornire al giudice un criterio di pertinenza più facilmente applicabile ad ogni tipologia di *expert witness*.

¹⁵⁷ Ci si riferisce alla sentenza c.d. "Cozzini", Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss., con commento di P. TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri di Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*.

¹⁵⁸ O. DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 1063.

¹⁵⁹ P. TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 69 ss.

dalla Corte d'Assise d'Appello di Trieste, seguita a breve distanza, nel 2011, dall'altro *leading case* definito dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Como¹⁶⁰, a sostegno della forza probatoria della spiegazione neuroscientifica, e, in particolare, degli esiti di test genetici e neuro-immagini ritenuti idonei a giustificare, unitamente a quelli di perizie psichiatriche tradizionali, la diminuzione di pena per semi-infermità¹⁶¹.

Si tratta dei primi (e finora unici) casi in cui il ricorso al sapere neuroscientifico ha contribuito – sia pur non in via esclusiva, bensì in funzione di completamento di indagini peritali condotte con le tecniche classiche – al riconoscimento di una ridotta capacità di intendere e di volere ai sensi dell'art. 89 c.p.. In particolare, tali sentenze di merito hanno affrontato in concreto l'introduzione della strumentazione neuro-scientifica come contenuto/contenitore delle indagini peritali in tema di imputabilità.

Va da sé che gli scenari aperti da questo tipo di analisi mostrano un certo fascino per il giurista che deve indagare la capacità di intendere e di volere degli autori di reato¹⁶², e ciò non soltanto in riferimento al primo piano del

¹⁶⁰ Si tratta, rispettivamente, della sentenza della Corte d'Assise di Appello di Trieste (Presidente estensore Reinotti), 18 settembre/1 ottobre 2009, n. 5, Bayout, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss. con nota di A. FORZA, *Le Neuroscienze entrano nel processo penale*. e della sentenza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Como, 20 maggio 2011, n. 536, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 246 ss. e in *Guida al diritto (online)* – 30-08-2011, con commento di P. MACIOCCHI, *Gip di Como: le neuroscienze entrano e vincono in tribunale*.

¹⁶¹ In tema di rapporto tra processo penale e neuroscienze, v. S. DI PINTO, *Neuroscienze e processo penale italiano*, in *Riv. Pol.*, 2022, n. III-IV, 187-240, con ampia bibliografia; Id., *Prassi e teoria del neurodiritto penale*, in *Grafologia Medica*, CIGME, Centro Internazionale di Grafologia Medica, Roma, 2021, n. 3-4, 12-22; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, Introduzione, pag. XI. Per una puntuale definizione di neuroscienze, si veda anche L. ALGERI, *Neuroscienze e testimonianza della persona offesa*, in *Riv. it. Med. leg.*, 33(3), 2012, 904: "le neuroscienze hanno ad oggetto lo studio del cervello e del sistema nervoso degli organismi viventi a livello molecolare, biochimico e genetico. Lo scopo delle neuroscienze è quello di analizzare la base biologica delle espressioni mentali e comportamentali dell'animale e dell'uomo a partire dallo studio delle singole cellule nervose, i neuroni"; M.T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1 ss.; C. INTRIERI, *Le neuroscienze ed il paradigma della nuova prova scientifica*, in A. BIANCHI – G. GULOTTA – G. SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, 195; G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali*, Torino, 2012; M.L. DI BITONTO, *Neuroscienze e processo penale*, in G. CANZIO – L. LUPÀRIA (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2018, 753; F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 110-117;

¹⁶² Sul punto, si veda l'interessante studio di M. B. MAGRO, *La mente sana e la mente alterata Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente*, *Arch. Pen.*, 2019, 1-33, nel quale si rileva come l'idea che l'uomo disponga della capacità di controllare consapevolmente il proprio agire e di dominare impulsi e emozioni appartiene al più profondo e diffuso senso comune ed è alla base del concetto di responsabilità morale e giuridica. Tuttavia, il nostro sistema penale non fornisce elementi per definire cosa davvero si debba intendere, in

giudizio di imputabilità, relativo alla diagnosi del disturbo, bensì anche rispetto al più problematico secondo piano del giudizio medesimo, riguardante il grado di incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere del soggetto, come pure in relazione al grado di predittività della pericolosità sociale¹⁶³.

positivo, per mente sana, ossia per capacità di intendere e capacità di volere, né ciò che ne rappresenta l'anomalia (la mente alterata) a causa di un vizio di mente (la mente alterata). L'interpretazione dei concetti non è agevolata dalla complessiva disciplina contenuta nel codice che, nel recepire l'humus culturale del tempo, sembra essersi ispirata ad una obsoleta concezione che distingueva i disturbi neurologici, di matrice organica, dai disturbi dell'umore, inerenti al carattere morale dell'individuo, quindi irrilevanti ex art. 90 c.p.

Tuttavia, il confluire di saperi di diversa matrice nell'ambito della moderna scienza medica e nella moderna psichiatria, oltre a imporre una ridefinizione evolutiva del concetto di vizio di mente e della sua metodologia di accertamento, ripropone in termini inediti il rapporto tra art. 88 e art. 90 c.p., ove centrale è il riferimento allo stato mentale alterato e il suo grado di incidenza sui meccanismi cognitivi e volitivi. In tal senso, i recenti studi di biologia della mente hanno individuato in modo più preciso quali sono le alterazioni di cui sono caratterizzati disturbi come la depressione, lo spettro autistico, il disturbo bipolare, la schizofrenia e il fenomeno delle dipendenze. Nella prospettiva di una reciproca integrazione tra saperi incommensurabili e di ricerca di un linguaggio comune, è proficuo attingere a recenti test di psicologia cognitiva e di *brain imaging* che individuano precisi domini e processi mentali che sovrintendono l'autocontrollo e che possono supportare una ricostruzione della categoria della imputabilità e dei deficit dell'autocontrollo in termini più aderenti al dato empirico (sono i domini della azione impulsiva, della scelta impulsiva e della rigidità comportamentale). Questi studi possono fornire un valido strumento al perito e al giudice per la selezione di quegli stati mentali alterati, emotivi e passionali, che sono tali, per intensità e gravità, da escludere o menomare le capacità di autocontrollo, fornendo così una chiave interpretativa più salda all'interpretazione degli artt. 88-90 c.p., non trascurando però che la ricerca delle ragioni del reato (e mai delle sue cause naturali), cioè la sua intima connessione con le alterazioni della mente, in quanto spiegazione razionale-teleologica del comportamento umano, è giudizio logico-normativo, spettante unicamente al giudice.

¹⁶³ Cfr. F. CASASOLE, *Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1, 110 ss.; M. CASELLATO - D. LA MUSCATELLA - S. LIONETTI, *Le valutazioni di responsabilità del soggetto autore del reato. L'evoluzione delle neuroscienze e l'impatto sul sistema penale delle nuove metodologie scientifiche*, in *Riv. pen.*, 2014, 3, 248; S. PELLEGRINI, *Il ruolo dei fattori genetici nella modulazione del comportamento: le nuove acquisizioni della biologia molecolare genetica*, in A. BIANCHI - G. GULLOTTA - G. SARTORI (a cura di), *Manuale di Neuroscienze Forensi*, Milano, 2009, 69 ss.; P. PIETRINI, V. BAMBINI, *Homo ferox: il contributo delle neuroscienze alla comprensione dei comportamenti aggressivi e criminali*, in *Manuale di neuroscienze forensi*, cit., pag. 41 ss.; S. LIONETTI - M. CASELLATO - D. LA MUSCATELLA, *La responsabilità colpevole tra libero arbitrio e neodeterminismo biologico. Profili psicologici e forensi dei nuovi strumenti delle neuroscienze*, in *Brainfactor - Cervello e Neuroscienze*, 2013; G. SARTORI, L. SAMMICHELI, *Neuroscienze e imputabilità*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. DE CATALDO NEUBURGER, Padova, 2007, 333; A. STRACCIARI - A. BIANCHI, G. SARTORI, *Neuropsicologia forense*, Bologna 2010, 49 ss.; G. SARTORI - D. RIGONI, A. MECELLI, P. PIETRINI, *Neuroscienze, libero arbitrio, imputabilità*, in AA.VV., *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica*, (a cura di) V. VOLTERRA, Milano, 2010, 36 ss.; P. MARCHETTI, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in *Psicologia e Giustizia*, 2012, 2; T. BANDINI, M. LAGAZZI, *Le basi normative e le prospettive della perizia psichiatrica nella realtà*

Giova precisare che, in ogni caso, lo stretto rapporto tra imputabilità e funzione della pena e il concetto di "motivabilità" da parte della norma penale (c.d. *motivabilità normativa*) non sono messi in discussione dall'avvento delle neuroscienze, in quanto gli spunti offerti dai recenti studi sui correlati neuronali del comportamento umano non vanno valorizzati nel senso di escludere il libero arbitrio. Detti studi, dunque, non consentono di superare le categorie della colpevolezza e dell'imputabilità, bensì si limitano a fornire un *contributo scientifico all'accertamento processuale* della capacità di intendere e di volere¹⁶⁴.

Il contributo più rilevante delle neuroscienze sotto il profilo penale, è stato senza dubbio quello di "rinvigorire" il primo piano del giudizio di inimputabilità: quello medico-psicologico-psichiatrico. Quello cioè della diagnosi di malattia mentale¹⁶⁵.

A tal fine, è stato chiarito dagli stessi scienziati che le neuroscienze sono importanti perché offrono maggiore oggettività della valutazione peritale; cosa che non va certo intesa in termini di dare certezza delle risposte, ma nel senso di fornire ipotesi dotate di un certo grado di probabilità scientifica, che consentano cioè di evidenziare le condizioni di vulnerabilità o i fattori di rischio, in presenza dei quali è statisticamente più probabile il comportamento criminale e che, insieme alle altre evidenze psicopatologiche e processuali forniscono la spiegazione più convincente del fatto illecito.

Le neuroscienze devono quindi essere accolte nel processo penale – secondo le indicazioni degli stessi neuro scienziati – come un utile complemento alla valutazione peritale.

Poi, perché il giudice possa pervenire al secondo piano del giudizio, quello cioè relativo all'incidenza dell'infermità di mente sulla capacità di intendere o di volere, o perché possa formulare un giudizio di pericolosità sociale, il solo indizio neuroscientifico non basta¹⁶⁶.

Da ultimo, si osservi che l'evoluzione degli studi scientifici e neuroscientifici in materia di imputabilità può assumere rilievo anche in

europea contemporanea: *l'imputabilità del sofferente psichico autore di reato*, in *Questioni sull'imputabilità*, a cura di A. CERETTI - I. MERZAGORA, Padova, 1994, 54.

¹⁶⁴ M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, *Riv. it. Med. leg.* 2012, 922-939; *Id.*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, 2013, 83 ss.; In senso analogo, *Id.*, *Imputabilità: scienze, neuroscienze e diritto penale*, in L. PALAZZANI – R. ZANNOTTI (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, 162; L. EUSEBI, *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in L. PALAZZANI - R. ZANNOTTI, *Il diritto delle neuroscienze*, cit., 121 ss.

¹⁶⁵ M. BERTOLINO, *op. cit.*, 924-926.

¹⁶⁶ M. BERTOLINO, *op. loc. cit.*

relazione all'affidabilità scientifica del sapere esperto ai fini di un possibile giudizio di revisione della sentenza di condanna ex artt. 630 e 631 c.p.p.¹⁶⁷.

13. L'imputabilità tra norma penale e neuroimaging.

Premesso che ogni individuo è diverso e che, come visto, l'obiettivo delle neuroscienze è cercare di mettere insieme fattori diversi – genetici, di morfologia cerebrale, di funzionamento cerebrale, di abuso di sostanze, di privazione di sonno, etc. – che concorrono a determinare la capacità di controllare il comportamento, un atteggiamento prudente si riscontra anche nella giurisprudenza chiamata a valutare l'affidabilità delle neuroscienze forensi e la proposta di un ripensamento di alcuni istituti tradizionali del nostro ordinamento giuridico, tra i quali spicca l'imputabilità.

Come noto, in base alle nuove acquisizioni si pretende di trovare una stretta correlazione non solo tra le connessioni neuronali e i comportamenti umani, ma anche tra le prime e i fenomeni mentali più complessi, quali le emozioni e la formazione dei giudizi morali. In particolare, attraverso la *neuroanatomia* è ormai possibile misurare la struttura del cervello e la sua funzionalità, facendo emergere le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali delle aree temporale e limbica, come talamo, ipotalamo, amigdala, ippocampo, setto pellucido e nucleo caudato. Una simile informazione cosa rileva o non rileva ai fini del giudizio di imputabilità? In base alla giurisprudenza precedentemente considerata, non è sostenibile che una persona non sia imputabile semplicemente perché presenta una ridotta densità neuronale nella corteccia. Piuttosto si evidenzia che, a riprova di quello che clinicamente è stato riscontrato, nell'individuo vi è anche un correlato cerebrale o un rischio genetico che offre un quadro completo delle sue capacità. Nei casi di patologia conclamata, come ad esempio un tumore in una certa area del cervello o una demenza frontale è certamente più facile stabilire l'esistenza di una relazione causale tra la patologia e il comportamento tenuto dal soggetto. Tuttavia, non sempre il giudice penale ritiene che la presenza della patologia abbia esercitato un ruolo causale rilevante sulla condotta criminosa. Non vi è nulla di deterministico, dipende dal tipo di lesione e dalla sua reversibilità e dalla possibilità di controllare, qualora fossero rimovibili, gli effetti della lesione.

La lettura in chiave neuro-scientifica dell'imputabilità secondo l'impostazione c.d. "neuro-riduzionista", peraltro, spinge la dottrina a porre un ineludibile interrogativo, che la giurisprudenza di legittimità *a contrariis* respinge e nega: si sta procedendo "verso un diritto penale senza

¹⁶⁷ Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 2011 (dep. 13 aprile 2011), n. 15139. Cfr. A. FAMIGLIETTI, *Nuova prova scientifica e giudizio di revisione*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, 127-134.

imputabilità?"¹⁶⁸. In altre parole si porrebbe, ancora una volta, un serio problema di compatibilità tra le neuroscienze e il diritto penale, in particolare con la colpevolezza, fondata sul tradizionale rapporto psichico tra fatto e autore, nelle classiche forme del dolo e della colpa - le uniche conformi alla personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27 comma 1, Cost. -, anche per poter muovere al soggetto agente un giudizio di rimprovero, di tipo giuridico, fondato sul potere agire diversamente¹⁶⁹.

Secondo alcuni studiosi, addirittura, le neuroscienze – quindi, il complesso di discipline sopra richiamate – sarebbero ormai prossime a fornire la definitiva dimostrazione empirica che ogni comportamento umano è solo l'esito meccanicistico di un processo cerebrale: non esisterebbe, insomma, una volontà libera, consapevole, ma solo una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica¹⁷⁰.

Da qui il passo è breve alla formulazione del seguente, per certi versi inquietante interrogativo: se ogni comportamento umano è causalmente predeterminato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di "libero arbitrio"¹⁷¹, (quello che nella moderna

¹⁶⁸ M. BERTOLINO, *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, *Riv. it. Med. leg.* 2012, 922-939; *Id.*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, 2013, 83 ss.

¹⁶⁹ Si veda, sul punto, l'interessante lavoro di O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)scienze?*, Torino, 2019, che si articola in tre parti: la prima è dedicata alla confutazione della tesi secondo cui le neuroscienze avrebbero ridotto il libero arbitrio a un'illusione, minando il fondamento stesso del diritto penale; la seconda affronta le specificità di questa prova scientifica sul piano dell'ammissione e valutazione nel processo; la terza, più ampia, indaga le mutazioni che i nuovi saperi potrebbero in prospettiva produrre sulla fisionomia di importanti categorie penalistiche. Pur evidenziando gli innegabili benefici che ne deriverebbero in chiave di personalizzazione della responsabilità penale e cercando di confutare alcuni diffusi pregiudizi, la monografia rende ragione della diffidenza che le nuove forme di conoscenza ancora suscitano presso larga parte del mondo giuridico.

¹⁷⁰ Si allude ai controversi esperimenti realizzati da Benjamin LIBET, uno dei padri degli studi sulla neuropsicologia dei fenomeni di coscienza (B. LIBET et al., *Time of conscious intention to act in relation to onset of cerebral activity (readiness-potential). The unconscious initiation of a freely voluntary act*, in *Brain*, 106, 1983, 623 ss.) e in seguito ripetuti e perfezionati da JOHN D. HAYNES (J.D. HAYNES et al., *Reading Hidden Intentions in the Human Brain*, in *Current Biology*, 17, 2007, 323 ss.) che avrebbero descritto come nell'uomo ogni "decisione comportamentale" sia preceduta (e non invece seguita, come si è portati a ritenere) da un'attivazione cerebrale inconscia e indipendente da qualsivoglia impulso volontaristico. Per una sintetica descrizione di tali esperimenti v., *ex multis*, M. DE CARO, A. LAVAZZA, G. SARTORI, *La frontiera mobile della libertà*, in *id.* (a cura di), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice, 2010, XI ss..

¹⁷¹ M. B. MAGRO, *Relazione: Biorobotica, robotica e diritto penale*, 30 settembre 2013: "La scoperta di una fase biochimica alla base del processo decisionale, insieme a studi di filosofia della mente, mettono in discussione importanti caposaldi della cultura occidentale ed incidono su importanti categorie del diritto e del processo penale. Viene in rilievo la categoria della imputabilità e, a monte, il concetto di libero arbitrio", <https://www.dirpubblico.unipd.it>.

filosofia viene definito "libertà metafisica"¹⁷²), di "coscienza e volontà", di "responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti"? In inglese si dice "bad or mad", cattivi per scelta o perché malati, incapaci di fare altrimenti.

Se la neuroscienza fornisce la prova della malattia mentale, allora che senso ha la responsabilità penale? Il giudizio relativo ad una valutazione sul poter agire altrimenti rispetto ad un comportamento, qualificabile come fattispecie penale, verrebbe negato a priori. Ci sono criminali psicopatici che non provano quelle emozioni e sentimenti che sono alla base della vita sociale e del rispetto degli altri. C'è chi già propone una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche, cui segua coerentemente una completa rimodulazione delle sanzioni, sganciate da qualsiasi nucleo retribuzionistico e proiettate esclusivamente in funzione di cura e di controllo (se del caso, anche *ante delictum*) del soggetto predisposto – stando ai suoi neuroni – al crimine¹⁷³.

Quindi, una radicale rifondazione del diritto penale su nuove basi deterministiche, seguita da una revisione completa delle sanzioni, allontanate dall'ideale retribuzionistico e proiettate esclusivamente in funzione di cura e di controllo (se, del caso, anche *ante delictum*) del soggetto predisposto – stando ai suoi neuroni – al crimine¹⁷⁴.

Si tratta, tuttavia, di conclusioni che suscitano forti perplessità, sintetizzabili nei tre ordini di considerazioni critiche, condivisibilmente formulate¹⁷⁵ e di seguito sinteticamente esposte.

In primo luogo, si ha l'impressione di trovarsi di fronte solo all'ultimo tentativo, in ordine cronologico, di fornire una spiegazione unicausale della criminalità. Le teorie unicasali della criminalità – teoria neuro scientifica compresa – oscurano altri possibili fattori, di natura personale (che spaziano dall'indole all'educazione) e/o ambientale (che a loro volta variano dalla cultura alla società, alla famiglia, alla scuola, etc.), i quali esercitano indubbiamente un ruolo importante, per lo meno in funzione di creazione dell'occasione o di

¹⁷² G.C. LICHTENBERG, fisico, scrittore e anglofilo tedesco del '700, così ammoniva: "L'uomo è un capolavoro straordinario della creazione, non foss'altro perché nonostante tutto il determinismo giuridico, crede di agire come un essere libero".

¹⁷³ Il punto più estremo, e provocatorio, della prospettata rifondazione del diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze, è forse toccato dagli scritti di G. MERKEL - G. ROTH, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K.J. GRÜN - M. FRIEDMAN - G. ROTH (a cura di), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2008, 54-95; W. SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main, 2003, 51 ss.; F.J. RUBIA, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcellona, Crítica, 2009, 148 ss.; infine, H. J. MARKOWITSCH - W. SIEFER, *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens*, Frankfurt-New York, 2007, 227 ss.

¹⁷⁴ F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, *Dir. pen. contemp.*, 2017, 4, 6.

¹⁷⁵ F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, *Dir. pen. contemp.*, cit., 4, 6-9.

innesco del comportamento criminale: ammesso, quindi, che le neuroscienze riescano davvero a mappare una predisposizione neuronale al crimine, non disponiamo ancora di alcun elemento per affermare se e quando tale predisposizione si trasformerà effettivamente in realizzazione concreta.

Quindi non si nasce già predisposti a compiere dei crimini, c'è sempre l'influenza del fattore ambientale. Questa considerazione sulla dicotomia tra natura e cultura, che gli studi moderni stanno dimostrando essere totalmente priva di senso, è importante.

Dal punto di vista genetico, tutti hanno lo stesso genoma, ma il motivo per cui siamo tutti diversi è perché sui 22 mila geni insistono oltre 30 milioni di variazioni. Alcuni dei geni che controllano i neurotrasmettitori cerebrali hanno anch'essi varianti alleniche che rendono un individuo più o meno plastico, permeabile all'ambiente. In altre parole, gli effetti dell'ambiente possono avere conseguenze minori o maggiori su certi individui rispetto ad altri. Se il concetto è quello di "geni di plasticità", ossia di favorire o meno una permeabilità alle condizioni ambientali, questo ci porta a concludere che genetica e ambiente non sono inscindibili.

Come ricorda il prof. Pietrini in una recente intervista¹⁷⁶, l'unico caso di determinismo è stata la famosa famiglia descritta da Brunner nel 1993: nei maschi di una famiglia olandese con una pesantissima storia di comportamento antisociale vi era un allele nullo per il gene MAOA. Poiché questo gene si trova sul cromosoma X che, come noto, è presente in singola copia nel maschio, coloro che avevano questa mutazione non producevano alcun enzima MAOA, ed erano estremamente aggressivi e violenti. Questa mutazione così grave è fortunatamente estremamente rara.

Sembra quasi che "da diverse angolazioni le teorie neuro scientifiche che più radicalmente arrivano a dubitare della libertà del volere, sono sembrate una riesumazione della spiegazione lombrosiana del crimine secondo il principio del determinismo biologico, che proprio nelle tecniche di indagine del cervello e in quelle di genetica avrebbe alla fine trovato conferma"¹⁷⁷.

In secondo luogo, la pretesa di una rifondazione del Diritto penale sulla base delle (presunte) evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze incorre in una sorta di errore categoriale, vale a dire nella violazione del principio epistemologico secondo cui "ciascuna scienza è in grado di comprendere solamente l'oggetto di studio al quale i propri strumenti le consentono di accedere". Tale errore categoriale conduce ad un ulteriore grave fraintendimento: la (erronea) convinzione che la disciplina penalistica della imputabilità, della colpevolezza, della pena retributiva ricalchi

¹⁷⁶ V. STELLA, *Pazzi o criminali? La neuroscienza sfida il diritto penale*, *Il Dubbio*, 19 agosto 2021.

¹⁷⁷ M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia, Annuario di scienze penalistiche in disCrimen*, 27 novembre 2018.

pedissequamente le acquisizioni fornite dalle scienze c.d. dure in tema di libero arbitrio. Ma ciò non corrisponde affatto alla realtà normativa: la disciplina positiva di tali istituti, infatti, a ben vedere costituisce l'esito di una autonoma rielaborazione, da parte della scienza penalistica, del concetto di libero arbitrio.

La scienza penale procede, del resto, spesso a rielaborare in via autonoma – con i propri strumenti e in vista delle proprie finalità – concetti provenienti dalle scienze "dure": si pensi solo alle concezioni "penalmente rilevanti" di "causa", "causalità", "pericolo", "malattia", con specifico riferimento all'infermità mentale, "patrimonio", le quali non coincidono specularmente con quelle predisposte dalla fisica, dalla chimica, dalla biologia, dall'economia, *et coetera*.

La scienza penalistica persegue fini completamente diversi dalla dimostrazione empirico-scientifica dell'esistenza, o meno, del libero arbitrio, mirando, invece, a costruire categorie – quali, appunto, l'imputabilità, la colpevolezza, la pena retributiva ("tendenzialmente rieducativa" della colpevolezza del reo obiettivata nel fatto *ex art. 27, comma 1, Cost.*¹⁷⁸) – che possano fungere, nel pieno rispetto della dignità umana, da efficaci regolatori del vivere sociale¹⁷⁹.

In terzo luogo, e infine, a rinforzo delle critiche appena formulate, occorre considerare che, almeno al momento attuale, le acquisizioni dei neuroscienziati non giustificano alcun cambiamento nella legge penale, obiettivo che, peraltro, non solo ad avviso di chi scrive, la comunità neuro-scientifica nemmeno si pone, puntando invece essa solo a mettere a disposizione del diritto penale metodi e tecniche atti a meglio valutare aspetti come l'imputabilità, la pericolosità sociale, la eventuale falsità delle dichiarazioni processuali.

Le tecniche innovative di *neuroimaging* sullo studio cerebrale, che permettono di rilevare e di riprodurre graficamente l'attività cerebrale in termini anatomici e funzionali, volte ad analizzare e studiare la relazione tra l'attività di determinate aree cerebrali e specifiche funzioni cerebrali,

¹⁷⁸M. SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, cit., 520.

¹⁷⁹F. BASILE – G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 9. Sul punto, K. LÜDERSSEN, *Wer determiniert die Hirnforscher?*, cit. In una prospettiva più generale, v. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 14: "il diritto organizza il sociale, mette ordine nella rissa incomposta che ribolle in seno alla società, è innanzi tutto ordinamento". Risulta interessante, sul punto, anche una riflessione sviluppata di recente dalla Corte di Cassazione, impegnata a tratteggiare la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente: "Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà", Cass., S. U. pen., 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343, par. 50 della "motivazione in diritto" (si tratta della sentenza relativa al tragico incendio nello stabilimento di Torino della Thyssen Krupp).

fornirebbero al giudice una prospettiva più attendibile – rispetto al risultato cognitivo del perito – delle prove – definite scientifiche – rappresentate nel giudizio penale, conferendo quel senso interpretativo che la Corte di Cassazione in sentenza non ha ritenuto di assegnare alle neuroscienze.

Resta, quindi, da verificare se le neuroscienze possano fornire un qualche contributo in fase di accertamento di alcuni elementi del reato o, comunque, di alcuni presupposti processuali.

Come sopra evidenziato, con l'avvento delle moderne neuroscienze forensi esistono i presupposti per una innovazione vera del processo, non attraverso una sostituzione, ma mediante un arricchimento della tradizionale valutazione psichiatrico-forense, allo scopo di aumentarne oggettività e accuratezza. Il dato neuro-scientifico, infatti, consente di aggiungere informazioni essenziali per la comprensione del caso, non disponibili con l'approccio tradizionale.

L'applicazione delle neuroscienze nelle perizie, deve essere sempre inserita nell'ambito di una preesistente e imprescindibile valutazione clinica, che prenda in considerazione la complessità e globalità della persona la quale, in quanto tale, non è riproducibile in laboratorio¹⁸⁰.

S. J. Morse, principale sostenitore della tesi moderato-compatibilista, la quale postula una "normale" capacità di autodeterminazione e dove il contributo delle neuroscienze, sul piano penalistico, dovrebbe solo riguardare l'accertamento di determinati stati mentali, che vanno ad incidere sull'applicazione degli istituti vigenti del diritto penale, conia addirittura un'espressione, "*Brain Overclaims Syndrome*" (BOS), per indicare l'atteggiamento di chi sopravvaluta il ruolo del cervello nella commissione dei reati.

Secondo Morse, il diritto penale presuppone una visione della persona e del comportamento mano che proviene dalla cosiddetta "*folk psychology*" (psicologia del senso comune), ritenendo che le categorie giuridiche e scientifiche devono rimanere distinte e che, nonostante gli sviluppi recenti delle neuroscienze, quest'ultime non diranno mai alla società e al diritto chi è o può essere considerato responsabile.

"Le neuroscienze hanno il potenziale per dare contributi interni alla dottrina e alla pratica legale se la relazione è compresa correttamente. Per ora, tuttavia, tali contributi sono nella migliore delle ipotesi modesti e la neuroscienza non pone sfide autentiche e radicali ai concetti di personalità, responsabilità e competenza"¹⁸¹.

¹⁸⁰ I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, Riv. it. Med. leg., 2011, 180; U. FORNARI, *Il metodo scientifico in psichiatria e psicologia forense* (parte 1), 2011, in www.brainfactor.it.

¹⁸¹ S.J. MORSE, *Lost in Translation? An Essay in Law and Neuroscience*, in *Neuroscience: Current Legal Issues*, 562 (Michael Freeman ed., 2011).

Una precisazione al riguardo. Quando in dottrina si parla di "tradizionale valutazione psichiatrico-forense", ci si riferisce, in realtà, alla valutazione basata sul colloquio clinico, che è caratterizzato da un elevato tasso di soggettività, e su test proiettivi come il Rorschach. Ma questo è un approccio che la neuropsicologia, che indaga gli effetti comportamentali di lesioni o disfunzioni cerebrali e li correla con esse, ha messo da parte ormai da decenni. Vale la pena di ricordare qui che lo stesso Ennio De Renzi, il fondatore della neuropsicologia in Italia, iniziò le sue ricerche proprio con il test di Rorschach, subito abbandonandolo in quanto ritenuto fonte di dati poco attendibili e scarsamente riproducibili.

Non si tratta, quindi, di creare con le neuro-immagini una "neuro-giurisprudenza" o una "neuro-criminologia"¹⁸², aggiungendole al catalogo delle "neuro-manie", ma di utilizzare al meglio, anche nell'ambito del diritto e del processo penale, le nuove conoscenze offerte dalle neuroscienze cliniche. Dati scientifici comprovati a livello teorico e a livello applicativo consentono di aprire ampi spiragli all'utilizzo di strumentazione (neuro) tecnica, più che in luogo di, in aggiunta a valutazioni psichiatriche. Le neuroscienze, pertanto, hanno un senso coadiuvante il Diritto penale nel processo di parti e danno un senso semantico differente alla concettualizzazione delle malattie mentali.

Il rapporto tra *genus*/infermità e *species*/malattia è argomentato dalla giurisprudenza in senso sistematico come staticità e dinamicità del processo morboso/disfunzionale in corso del quale è stato commesso il fatto di reato; come rapporto eziologico tra capacità di intendere e di volere ex 85 c.p. e vizi di mente ex artt. 88, 89 c.p.; come condizione determinante la compromissione dello status cognitivo e volitivo del soggetto.

Ebbene, le neuroscienze potrebbero fornire prima di tutto un contributo al diritto e al processo penale in sede di elaborazione di perizie e consulenze in tema di inimputabilità o ridotta imputabilità per infermità di mente (artt. 88 e 89 c.p.): le neuroscienze, e le neuroscienze cliniche in particolare, infatti – grazie alla loro capacità di evidenziare comportamenti o prestazioni classificati come "patologici", associati a lesioni o disfunzioni cerebrali¹⁸³ – potrebbero senz'altro

¹⁸² La neuro-criminologia si occupa di studiare l'applicazione della ricerca neuro scientifica, biologica, genetica e psicologica all'ambito criminologico, sì da comprendere origini, cause e concause dei reati, ma anche le motivazioni del comportamento violento e antisociale. Cfr. V.S. RAMACHANDRAN, *The emerging mind*, Profile Books, 2003 (traduzione italiana: *Che cosa sappiamo della mente*, Mondadori, 2006); Introduzione: "Chissà, forse un giorno riusciremo a stabilire con le neuro-immagini se un imputato è colpevole di omicidio premeditato o solo di omicidio preterintenzionale, e questo condurrà a nuove discipline come la "neuro-giurisprudenza" e la "neuro-criminologia" (...)».

¹⁸³ Le alterazioni comportamentali o prestazionali sono classificate come "patologiche" – con un rischio di errore statisticamente definito con procedure appropriate, sulle quali non entriamo qui nel dettaglio – con riferimento ai comportamenti e alle prestazioni, misurati quantitativamente mediante test, scale e colloqui strutturati di un numero adeguato di soggetti

consentire al giudice un più preciso apprezzamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato.

Quanto sopra detto vale in larga parte anche a proposito di perizie e consulenze rivolte ad accertare la maturità del minore di età compresa fra i 14 e i 18 anni (art. 98 c.p.): le neuroscienze cliniche potrebbero, infatti, evidenziare immaturità o alterazioni dello sviluppo cerebrale del minore, e condurre quindi – previa "interpretazione", da parte del giudice, del dato neurologico nei termini innanzi illustrati – ad escludere la imputabilità del minore ultraquattordicenne, per l'appunto per insufficiente maturità.

Negli USA A. Baird e J. Fugelsang individuano nella tecnologia di brain imaging una importante occasione di dimostrare in modo definitivo il grado di maturità cerebrale di un adolescente, con il conseguente effetto giuridico di determinare l'impossibilità di considerare pienamente responsabile, un imputato minorene¹⁸⁴.

Si immagini l'importanza di tali affermazioni per questi studiosi, in un contesto, come quello degli Stati Uniti, dove in passato anche i minorenni erano condannabili alla pena di morte e dove solo in tempi recenti la Corte suprema federale ha escluso la pena di morte, facendo esplicito riferimento allo sviluppo cerebrale.

L'utilizzo di tecniche neuro scientifiche potrebbe servire anche a dimostrare, in relazione a singoli casi di specie, che il cervello di quel minore, paragonato con quello di soggetti simili per età e variabili socioculturali – mediante adeguate procedure di analisi statistica - presenta una particolare alterazione o ritardo nella sua evoluzione, e che, quindi, quel soggetto, che ha avuto uno sviluppo ridotto o comunque divergente da quello normale, è "immaturato", e lo era, altresì, al momento della commissione del fatto di reato¹⁸⁵.

A livello giurisprudenziale italiano, tuttavia, non sono noti, perlomeno allo scrivente, casi di sentenze in cui perizie o consulenze, fondate (anche) su analisi neuro scientifiche, abbiano finora effettivamente contribuito ad una valutazione dell'immaturità del minore imputato.

Un ulteriore ambito di possibile proficua collaborazione tra diritto penale e neuroscienze potrebbe essere costituito dall'accertamento della pericolosità sociale (vale a dire, ai sensi dell'art. 203 c. p., la probabilità che l'autore di un

sani, paragonabili per le variabili socio-demografiche (ad esempio, età, sesso, scolarità) al soggetto in esame; sul punto, v. E. CAPITANI - M. LAICONA, *The evaluation of experimental data in neuropsychology*, in G. DENES, L. PIZZAMIGLIO (a cura di), *Handbook of clinical and experimental neuropsychology*, Hove, Sussex, Psychology Press, 1999, 57-68.

¹⁸⁴ A. SANTOSUOSSO, *Il dilemma del diritto di fronte alle neuroscienze*, in *Le scienze e il diritto*, a cura di A. SANTOSUOSSO, Como, 2009.

¹⁸⁵ M. BERTOLINO, *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in G. FORTI - G. VARRASO - P.M. CAPUTO, «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Napoli 2014, 111- 154.

fatto di reato commetta in futuro nuovi reati) ai fini dell'applicazione di misure amministrative di sicurezza, se è vero che, grazie alle tecniche offerte dalle neuroscienze, si riuscirebbe probabilmente a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva basato su strumenti specifici in grado di ampliare e integrare il giudizio clinico, fondati scientificamente. Se si ammette, infatti, che le tecniche neuro-scientifiche sono davvero in grado di misurare la capacità di autocontrollo o di dar vita a reazioni aggressive, allora esse dovrebbero avere una certa utilità anche in relazione alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto. Come inizialmente premesso, sarebbe infatti addirittura possibile valutare i correlati neuronali della coscienza, che determinano la pianificazione dell'atto o il controllo degli impulsi, e cioè le cosiddette "funzioni esecutive" del cervello, influenzanti l'iniziativa, la personalità e la coscienza sociale dell'individuo. I lobi frontali sono anche la sede della consapevolezza e costituiscono le aree cerebrali con maggiori connessioni con le altre regioni neocorticali. Al loro interno alcune zone risultano particolarmente importanti per il comportamento aggressivo e antisociale. Specie la parte dorsale della corteccia prefrontale è impegnata nelle funzioni di *problem-solving*, di controllo cognitivo e, insieme all'area ventromediale, è coinvolta nella soppressione di forti reazioni emozionali. La porzione dorso laterale, invece, è interessata nella fase della menzogna e nel ragionamento morale utilitaristico, oltre che durante le attività disoneste. In definitiva, si tratta di aree del cervello fondamentali per la decodificazione del valore emozionale degli stimoli sensoriali. Da diverse ricerche è poi emerso che pazienti con lesioni traumatiche o con patologie degenerative di queste aree del cervello, presentano una limitata capacità critica, di giudizio e, in generale, di controllo del proprio comportamento. Si tratta dunque di soggetti con la capacità di intendere non compromessa, i quali tuttavia non riescono a controllare i propri impulsi, a seguito di un'anomalia o di una lesione che li rende insensibili e incapaci di comprendere le emozioni altrui, oltre che propensi al comportamento violento.

Le neuroscienze oggi offrono la possibilità di una verifica oggettiva di queste osservazioni e se esiste qualcosa che spinge a compiere gesti criminali, non avendo la capacità di apprezzare i valori morali, questa non può essere considerata una mera variante di normalità.

È evidente la difficoltà, se non l'impossibilità, di "rieducare" uno psicopatico. Si cerca di educarlo, di inserirlo in un contesto. Negli Stati Uniti stanno sperimentando per i giovani psicopatici, insensibili alla punizione, sistemi di gratificazione. Il tentativo è quello di dar loro migliorare il comportamento dando loro dei premi. Questo procedimento sembra agire su meccanismi primordiali di gratificazione, gli stessi che già si ritrovano nei bambini piccoli, che prescindono dalla presenza o meno di un sistema di valori morali.

14. Neuroscienze ed accertamento dell'elemento soggettivo del reato.

Secondo taluni altri recenti studi, gli strumenti sopra descritti o altri ancora (ad esempio, risonanza magnetica funzionale abbinata a software esperti) potrebbero essere utilizzati anche in funzione di *mind detection*, vale a dire al fine di ricostruire la tipologia di intenzione espressa con l'atto dal suo autore. Se davvero strumenti siffatti fossero disponibili, potremmo constatare che finalmente il giudice disporrebbe di tecniche di "*doloscopia*", vale a dire di tecniche per accertare il dolo dall'interno della mente dell'imputato, in una dimensione inaccessibile all'osservazione esterna, anziché solo – come finora avviene – dall'esterno (inferendo il dolo dalle circostanze esterne, le quali divengono "segni dell'intenzione")¹⁸⁶.

Tali strumenti potrebbero risultare particolarmente idonei a provare (o contestare) il dolo tipico di determinati reati ascritti¹⁸⁷, come ad esempio il dolo del reato di falsa testimonianza (rispetto al quale le neuroscienze potrebbero aiutare il giudice a capire se l'imputato, che pur dice una cosa oggettivamente falsa, è soggettivamente – e genuinamente – convinto di dire il vero), o del reato di calunnia (qui l'ausilio al giudice potrebbe consistere nell'aiutare a capire se l'imputato, nel momento in cui ha sporto denuncia, era consapevole dell'innocenza del soggetto incolpato). In quest'ultimo caso, le tecniche di esplorazione cerebrale potrebbero essere impiegate nell'identificazione del substrato neurale (non più di un'infermità mentale rilevante ai fini dell'imputabilità, bensì) di uno status psichico incompatibile con l'elemento soggettivo del reato per cui si procede. Oppure, al contrario, di uno status psichico perfettamente compatibile con l'elemento soggettivo, là dove (in

¹⁸⁶ L'icastica espressione "*doloscopia*" è stata proposta da F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 464 e ripresa da F. BASILE, G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 22.

¹⁸⁷ V. Trib. Torino, 19 aprile 2011, in *Dir. pen. cont.*, 5 marzo 2012; nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2016, n. 18460, in *Pluris* (caso nel quale la difesa aveva tentato, senza successo, di utilizzare le prove neuro-scientifiche per escludere l'aggravante della premeditazione, che, come noto, integra la forma più intensa di dolo, dando luogo all'applicazione dell'aggravante dell'omicidio volontario di cui all'art. 577, comma 1, n. 3 c.p.; l'eventuale accoglimento delle argomentazioni difensive non avrebbe condotto dunque alla esclusione dell'elemento soggettivo, ma solamente alla mancata applicazione di un'aggravante incentrata sull'intensità del dolo); su tali pronunce, C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., rispettivamente, 264 ss. e 248 ss. V. altresì Cass. pen., Sez. I, 13 luglio 2015, n. 30096, in *De Jure*, sulla quale v. F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 1-31; Cass. pen., sez. I, 2 marzo 2017, n. 1043 in CED Cass. In argomento v., in generale, L. SAMMICHELI - G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 273 ss.

prospettiva oggigiorno solamente teorica) l'uso delle tecniche in questione dovesse essere promosso dall'accusa¹⁸⁸.

Anche in ordine alla figura della cosiddetta "premeditazione condizionata", vale a dire l'ipotesi in cui l'aggravante de qua sia concretamente configurabile nel caso in cui la attuazione del proponimento delittuoso venga subordinata al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto, la migliore dottrina sottolinea come la possibilità di monitorare l'attività cerebrale antecedente alla realizzazione della decisione del soggetto agente e mappare la struttura dei processi del controllo cognitivo mediante TAC o risonanza magnetica funzionale fMRI consentirebbe di risolvere i dubbi sulla verifica di tale figura¹⁸⁹.

Se, infatti, la condizione riguarda la decisione di uccidere o ledere, nel senso che il soggetto si ripropone di farla dipendere dal verificarsi di un evento futuro ed incerto, l'aggravante non può sussistere. Se, invece, è soltanto il momento o le modalità dell'esecuzione che l'agente si riserva di decidere quando si sarà avverato un dato accadimento, allora, con la realizzazione del delitto programmato, potrà configurarsi la circostanza in esame¹⁹⁰.

A livello di applicazione giurisprudenziale, si segnala che:

1) nel c.d. processo Cogne-bis¹⁹¹ relativo al delitto di calunnia commesso da Annamaria Franzoni a carico del proprio vicino di casa (falsamente incolpato di essere l'autore dell'uccisione del piccolo Samuele), la difesa aveva introdotto nell'istruttoria una consulenza, espletata, tra l'altro, sottoponendo l'imputata al test a-IAT, al fine di dimostrare che la stessa fosse genuinamente convinta di non essere stata lei ad uccidere il figlio.

Il giudice, tuttavia, ha ritenuto gli esiti di tale test "ininfluenti" ai fini della valutazione dei fatti in causa, e ciò per due motivi: a) perché il test, somministrato nel 2009, non poteva fotografare lo stato mentale della Franzoni nel 2004, allorché la medesima presentò denuncia; e b) perché, anche qualora la Franzoni fosse stata convinta della propria innocenza (rispetto all'uccisione del figlio), ciò non sarebbe bastato ad escludere, in capo alla stessa, la consapevolezza dell'innocenza del vicino di casa e, quindi, il dolo di calunnia: elemento soggettivo che, invece, nel caso di specie risultò provato.

¹⁸⁸ C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, cit., 239.

¹⁸⁹ Sul punto, *amplius*, si veda l'approfondito e pregevole lavoro di F. MAZZA, *La premeditazione del delitto tra dogmatica giuridica e neurotecnoscienze*, Padova, 2016, 183 ss.

¹⁹⁰ F. MAZZA, *ibidem*.

¹⁹¹ Trib. Torino, 19 aprile 2011 (dep. 26 settembre 2011), Franzoni, est. Arata, in *Dir. pen. cont.*, 2011.

2) In un successivo procedimento del 2015¹⁹², su un caso di omicidio, la difesa aveva cercato di ottenere la derubricazione dell'imputazione – da omicidio volontario con dolo eventuale a omicidio colposo – facendo leva su una consulenza la quale si era, tra l'altro, avvalsa del test a-IAT. Nella specie, si trattava di un giovane, all'epoca dei fatti minorenni (17 anni e 8 mesi), il quale, alla guida di un grosso SUV, dopo aver provocato un primo sinistro stradale all'interno del parcheggio di un centro commerciale, per sfuggire ad un agente di Polizia locale che gli aveva intimato l'ALT, cercava di guadagnare velocemente l'uscita del parcheggio, ma così facendo investiva mortalmente il predetto agente. La difesa mirava a provare che il giovane, al momento dell'impatto, non avesse visto l'agente, in quanto questi si sarebbe parato dinnanzi a lui in modo improvviso all'altezza dell'uscita del parcheggio. Per confortare tale ricostruzione dei fatti, l'imputato si era sottoposto al test a-IAT, il cui esito avrebbe confermato che, nella mente dell'imputato, non c'era il ricordo della presenza della vittima all'altezza dell'uscita del parcheggio.

I giudici di primo e secondo grado, tuttavia, non hanno conferito valore a tale consulenza e il giovane è stato condannato per omicidio volontario.

La Suprema Corte, a sua volta, ha ritenuto adeguata la motivazione, fornita in sentenza, circa l'inattendibilità del test a-IAT "nel caso di specie e anche in generale", giacché la Corte d'Appello ha "valutato il test con criteri scientifici, sottolineando che si tratta di metodo assai recente (...), contestato da alcune parti e che non aveva trovato diretta applicazione nei procedimenti davanti all'Autorità Giudiziaria italiana (il ricorrente sosteneva che, al contrario, nel sopra citato procedimento davanti al G.i.p. di Como, ciò sarebbe avvenuto: dato certamente non decisivo); ma, soprattutto, la Corte territoriale ha evidenziato alcune criticità nell'applicazione del test al caso concreto, sottolineando che le dichiarazioni rese dall'imputato al consulente tecnico erano differenti da quelle rese nel procedimento; che - attesa la scarsa capacità di lettura dell'imputato - la complessità delle domande potevano influenzare i tempi di risposta; che, infine, poiché il test era stato somministrato oltre un anno dopo il fatto, il ricordo dell'imputato poteva essere differente da quello iniziale, in quanto influenzato da meccanismi inconsci di rimozione". La condanna per omicidio volontario è stata quindi confermata.

¹⁹² Cass. pen., sez. I, 10 aprile 2015 (dep. 13 luglio 2015), n. 30096, in *De Jure* e riportata da F. BASILE - G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, cit., 27.