

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Penale**

**L'imputabilità e il vizio di mente tra diritto
e psichiatria forense**

RELATORE

Chiar.mo Prof.
Angelo Carmona

CANDIDATO

Niccolò Frangione
Matr. 108233

CORRELATORE

Chiar. mo Prof.
Cristiano Cupelli

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

Indice

Introduzione	1
Capitolo I	
L'imputabilità	
1. L'imputabilità come capacità di intendere e di volere	3
2. Il paradigma dell'imputabilità nel dibattito tra determinismo e indeterminismo	7
3. Imputabilità e sistematica del reato: capacità di pena o capacità di colpevolezza?	13
3.1 Imputabilità come capacità di diritto penale	14
3.2 Imputabilità come capacità di pena	16
3.3 Imputabilità come colpevolezza	17
3.3.1 La concezione normativa della colpevolezza	20
3.4 Riflessioni sulla sistematica dei progetti di riforma del codice penale in tema di imputabilità	23
4. IL dolo e la colpa del non imputabile	25
5. L'errore del non imputabile	31
6. Le cause di esclusione dell'imputabilità	33
6.1 Minore età	34
6.2 Ubriachezza e intossicazione da stupefacenti	35
6.3 Sordomutismo	38
6.4 Vizio di mente	39
6.5 Conclusioni	39
7. <i>Actio libera in causa</i>	41

8. Il ruolo dell'imputabilità da un punto di vista comparatistico	43
8.1 L'esperienza spagnola	44
8.2 L'esperienza della <i>common law</i>	46

Capitolo II

Il vizio di mente

1. La non imputabilità per vizio di mente: cenni storici	48
2. Il concetto di normalità	50
3. L'evoluzione del concetto di "infermità" nel diritto penale	52
3.1 Il paradigma medico e nosografico	55
3.2 Il paradigma psicologico	58
3.3 Il paradigma sociologico	61
3.4 Il paradigma biopsicosociale o misto	62
4. La nuova dimensione dei disturbi mentali	64
5. La sentenza Raso e i disturbi della personalità	67
6. Il paradigma neuroscientifico: un ritorno al determinismo psichico	76
7. Il problema dei semi-imputabili	85
8. Gli stati emotivi e passionali nell'impianto codicistico e nelle pronunce della giurisprudenza	89
9. L'evoluzione dei concetti di imputabilità e di vizio di mente nei progetti di riforma del codice penale	95
10. Prospettive per il futuro	105

Capitolo III

Diritto e psichiatria nelle aule di tribunale

1. L'accertamento del vizio di mente: limiti e prospettive della perizia psichiatrica	111
2. I sistemi diagnostici	118
3. Il grado di scientificità della prova peritale: problematiche e soluzioni	122
1.1. Gli strumenti d'indagine per assicurare la scientificità del metodo	130
4. Il rapporto tra perito e giudice: da <i>peritus peritorum</i> a <i>gatekeeper</i>	132
5. Conclusioni	138

Capitolo IV

Trattamento del reo infermo di mente

1. Il sistema del doppio binario	140
2. La pericolosità sociale	142
1.1. L'accertamento della pericolosità sociale	145
3. Gli ospedali psichiatrici giudiziari	148
3.1. Le proposte di riforma in tema di OPG	152
3.1.1. Le tesi abolizioniste	153
3.1.2. Le tesi riformiste	155
4. La realtà manicomiale al vaglio della Costituzione	160

5. Il definitivo, o quasi, superamento degli OPG	163
6. Brevi cenni comparatistici in tema di misure di sicurezza	165

Introduzione

Il presente lavoro si occupa dell'istituto dell'imputabilità e della sua principale causa di esclusione: il vizio di mente.

L'imputabilità è una fra le categorie giuridiche più complesse e controverse del diritto penale. Anche se introdotta nel nostro ordinamento già con l'entrata in vigore dell'attuale codice penale, essa riveste un ruolo fondamentale anche, e forse soprattutto, alla luce del dettato costituzionale, di cui all'art. 27, sul principio di colpevolezza, presidio garantistico fondamentale che pone al riparo l'individuo dal rischio di dover rispondere di un fatto, di cui non è concretamente in grado di cogliere il disvalore penale o anche solo sociale. Inoltre, sulla base di tale consapevolezza, dovrà fondarsi il percorso di risocializzazione che, sempre in base all'art. 27 Cost., costituisce lo scopo finale della pena.

L'imputabilità costituisce il perno attorno al quale ruotano le «esigenze socialidifensive e generalpreventive da un lato, ed istanze individualgarantiste, dall'altro»¹. Le cause che comportano tale esonero di responsabilità sono solo alcune, tassativamente previste, tra cui spicca il vizio di mente, nella sua forma totale e parziale.

Il vizio di mente si presenta un istituto decisamente problematico, sia per quanto riguarda l'individuazione di criteri generali realmente validi nel regolare la materia, che per quanto riguarda la dimensione del suo concreto accertamento nella realtà fenomenica; la causa principale è indubbiamente l'intreccio che tale istituto determina tra scienza giuridica e scienze sociali, tra diritto e psichiatria, mondi contrapposti che, per volontà del legislatore, debbono sorzarsi di raggiungere un punto di equilibrio.

¹ A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg pen.*, 2006, p.220

Oltre ai profili puramente sostanziali, vengono presi in considerazione anche i riflessi che i due istituti producono sul piano procedurale, con specifico riferimento alla complessa realtà dell'accertamento peritale e alle dinamiche del rapporto tra giudice e perito nel processo.

Infine, la trattazione prende in esame i profili sanzionatori e, in generale, il trattamento del reo prosciolto per difetto di imputabilità, diviso tra esigenze di cura e di custodia.

Inoltre, sono richiamati e, per le questioni più importanti, analizzati nel dettaglio i diversi progetti di riforma del codice penale, per l'attenzione dimostrata nei confronti delle materie qui trattate.

Capitolo I

L'imputabilità

1. L'imputabilità come capacità di intendere e di volere

Il codice penale all' art. 85 comma 2 definisce l'imputabilità come capacità di intendere e di volere. La capacità di intendere può essere definita come «attitudine ad orientarsi nel mondo esterno secondo una percezione non distorta della realtà, di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutare le possibili ripercussioni su terzi» e la capacità di volere come «potere di controllare gli impulsi ad agire e determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole in base ad una concezione di valore»².

Attenendosi strettamente alla lettera della legge si potrebbe considerare tale capacità come scindibile in questi due elementi, una scissione che può presentarsi come meramente occasionale o come permanente e quindi caratteristica dell'individuo; solo la seconda è propria del soggetto incapace. In realtà, è più corretto considerarla in senso unitario sia dal punto di vista dell'integrità fisica che di quella mentale. Per usare le parole del Carrara «per avere in un delitto la pienezza della sua forza morale bisogna che nei momenti della percezione e del giudizio sia stato l'agente illuminato dall'intelletto, e che nei due successivi momenti del desiderio e della determinazione abbia goduto della pienezza della sua libertà»³. L'imputabile è quindi «una persona che, al momento in cui ha commesso il fatto era maggiore di età, “sana” di mente e si trovava in una situazione di

² Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, p.335

³ A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005, p.487

normalità»⁴. Tale maturità psico-fisica «in quanto normalmente presente nella persona adulta , legittima una presunzione di imputabilità, sia pure relativa»⁵, ossia si ritiene che sussista fino a prova contraria.

Il tentativo di definire in forma “positiva” il concetto di capacità di intendere e di volere può però risultare uno sforzo vano: «come accade [...] per i concetti disposizionali, anche il concetto di imputabilità si precisa meglio attraverso il riferimento alle sue condizioni d’uso nella prassi applicativa e alle cause [...] che la escludono o diminuiscono»⁶, intendendo per disposizionali quei concetti che non esprimono dati fisici percepibili nella realtà dei sensi. In altre parole, l’imputabilità può essere considerata come un «riflesso positivo di un concetto negativo, la non imputabilità, che viene in gioco solo attraverso le cause di esclusione della stessa»⁷

Affinché un soggetto possa essere definito imputabile è necessaria la sussistenza di entrambi gli elementi, i quali si pongono in un rapporto di progressività, per cui, mentre può esserci capacità di intendere senza volere, non è vero anche il contrario⁸. La capacità d’intendere, in quanto rappresentazione della realtà esterna attraverso l’intelletto, organizza, elabora ed infine definisce la causale, la motivazione della volizione, ponendosi quindi in una posizione razionalmente antecedente alla capacità di volere.

È altresì necessaria la sussistenza di tale capacità al momento del fatto da lui commesso. Il momento «si individua nel tempo specifico dell’azione o

⁴ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale Art.85-149*, Milano 2005, p.14

⁵M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009, p.67

⁶ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, 2007, p.296

⁷ M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), 2002, p.147

⁸ In tal senso Collica, *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reo, la persona offesa dal reato*, G. de Vero (a cura di), Torino, 2010 , p. 16

omissione»⁹. Rispetto ai reati di durata il soggetto può essere chiamato a rispondere solo per la parte di condotta sorretta dalla capacità d'intendere e di volere. Di conseguenza nei reati permanenti la responsabilità del fatto sarà imputabile al soggetto se la capacità di intendere e di volere sopraggiunga prima della cessazione della permanenza, anche a fronte di una incapacità al momento della consumazione iniziale. Nei reati abituali la responsabilità non sarà parimenti esclusa se la capacità suddetta sussiste nel preciso momento del compimento degli atti ripetuti nel tempo. Nei reati a condotta frazionata la capacità deve sorreggere l'ultimo atto determinante ad integrare la fattispecie delittuosa. Nei reati omissivi propri la capacità deve sussistere alla scadenza del termine oltre il quale non è più possibile l'azione doverosa, mentre nei reati omissivi impropri al momento in era possibile l'azione impeditiva dell'evento.

Occorre però soffermarsi ulteriormente sull'inciso "al momento del fatto" poichè, secondo l'interpretazione elaborata con la storica sentenza Raso del 2005, questo andrebbe inteso «non solo in termini temporali ma anche causali»¹⁰. Il principio, in verità, esprime un'esigenza già avvertita nel panorama penalistico e forense in linea con un'idea di imputabilità fortemente legata al parametro costituzionale della colpevolezza. Il nesso eziologico richiesto diventa un importante criterio funzionale che da un lato delimita le cause idonee ad incidere sull'imputabilità e, dall'altro, permette di radicare il giudizio di imputabilità alla singola vicenda criminosa, rinforzando il legame tra fatto e autore dello stesso anche nel caso di un soggetto non imputabile. Tale necessità è condivisa dalla psichiatria odierna quando, nella ricostruzione della vicenda criminosa, attribuiscono importanza fondamentale alla criminogenesi e alla criminodinamica. A

⁹ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p.18

¹⁰ Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.71

testimonianza della bontà del requisito causale depone anche il rilievo che il collegamento tra il singolo fatto e la capacità di intendere e di volere è previsto in diversi codici europei come, ad esempio, nel codice tedesco, francese, polacco, russo, spagnolo; in Italia invece solo il Progetto di riforma del codice penale redatto dalla Commissione Grosso come vedremo più avanti, ha dato esplicito rilievo al rapporto tra stato mentale e singolo fatto.

Una volta esposto il dato normativo è bene precisare che la nozione di imputabilità nel nostro ordinamento ha comportato il sorgere di numerose problematiche, di cui molte, ancora irrisolte.

Il primo in ordine logico attiene alla natura stessa del concetto di imputabilità che «è al tempo stesso empirico e normativo»¹¹. La “capacità” è un concetto di origine prettamente giuridica la cui applicazione pratica però necessita dell’apporto delle scienze psichiatriche e psicologiche, in modo da poter sostenere la genericità e la vaghezza del dettato normativo con una più solida base “scientifica”. Il problema che ne consegue deriva dalla lamentata incapacità delle scienze in questione di fornire risposte certe o, per meglio dire, dotate di quel grado di scientificità che permetta di andare “oltre il ragionevole dubbio”, richiesto dal diritto penale per poter fondare un giudizio di colpevolezza. Per quanto le scienze, e quella psichiatrica in particolare, non portino con sé solo acquisizioni di conoscenza ma anche, e soprattutto, errori, da queste «il diritto si attende il sapere sul mondo di cui ha bisogno: conoscenze fattuali, leggi scientifiche, criteri di accertamento di fatti»¹². Il diritto è subordinato, in altre parole, a rigorosi vincoli di realtà, che impediscono alla norma penale di prendere in considerazione un’ipotesi «che non sia verificabile nella sua effettuazione e

¹¹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.334

¹² Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità*, in *Leg. pen.*, 2006, p.248

nel suo risultato»¹³, secondo la famosa pronuncia della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittima la norma sul delitto di plagio.

Diversi sono stati in dottrina i tentativi di riempire il concetto normativo di capacità di contenuti concreti. Uno di questi, il quale risulta piuttosto valido e convincente, è quello di Marcello Gallo che definisce la capacità di intendere e di volere come “intelligenza” ossia «l’attitudine a cogliere i nessi, i collegamenti tra dati reali e virtuali»¹⁴. È pur vero che anche l’incapace a certe condizioni coglie tali collegamenti e quindi la definizione deve arricchirsi di un ulteriore elemento ossia che «le conseguenze prese di mira siano quelle che il senso comune accetta o, perlomeno, non disapprova»¹⁵.

È comunque doveroso sottolineare il valore che il reciproco scambio di idee e strumenti tra diritto e scienze sociali deve assumere, nel tentativo di una concreta definizione della capacità di intendere e di volere; concetto che, nonostante abbia bisogno dell’ integrazione di discipline extragiuridiche per poter essere compreso appieno, rimane un’ invenzione del legislatore e, come tale, andrà analizzato e valutato prima di tutto in chiave giuridica.

2. Il paradigma dell’ imputabilità nel dibattito tra determinismo e indeterminismo

L’ istituto dell’ imputabilità, per come viene concepito oggi, è frutto di una lunga evoluzione del pensiero umano, non solo a livello giuridico ma anche filosofico, che affonda le sue radici nel basso medioevo, periodo di sviluppo del diritto canonico.

¹³ Corte Cost., 8 giugno 1981, n.96, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p.1147 ss.

¹⁴ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, V.5, Torino, 2013, p.20

¹⁵ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.20

Infatti un'analisi del diritto antico di matrice greco-romana ci mostra che la concezione del reato dell'epoca era incentrata esclusivamente sul criterio della "produzione del danno", in base al quale la reità sorgeva solo per avere materialmente posto in essere la condotta ingiustamente dannosa nei confronti di altro soggetto, a prescindere da ogni tipo di indagine in ordine all'eventuale sussistenza di cause dirimenti l'idoneità del soggetto ad autodeterminarsi, a controllare gli impulsi che ne motivano la condotta, nonché a comprendere il significato delle proprie azioni¹⁶. Diversamente, negli ordinamenti dei popoli barbarici, consolidatisi dopo la caduta dell'impero romano d'occidente, l'imputabilità assumeva una dimensione collettiva e solidale legata alla concezione gerarchica della famiglia. Era il gruppo di appartenenza a rispondere del fatto criminoso commesso dal singolo in virtù del *mundio*, vincolo di assoggettamento che gravava su tutti gli appartenenti al gruppo rispetto al capo del medesimo.

Il profilo personalistico della responsabilità fù valorizzato, come anticipato, dal diritto canonico e, più in generale, dal pensiero cristiano il quale attribuì alla libera volontà dell'individuo carattere essenziale affinché questo potesse commettere peccato e per questo essere rimproverato. Il cammino proseguì con lo sviluppo dell'universalismo giuridico e con la concezione dello Stato moderno quale unico detentore dello *ius puniendi*, contribuendo a ricostruire l'imputabilità in chiave individualistica.¹⁷ È solo però con l'avvento della teoria kantiana dell'individualizzazione della responsabilità che l'imputabilità acquista i connotati che le sono propri oggi. L'idealismo di Kant e di Hegel ha influenzato in modo considerevole anche il panorama giuridico italiano che, nella seconda metà del 1800, ha visto il sorgere della Scuola Classica; «in tale contesto, si ritiene che l'an ed

¹⁶ Come osservato dal Marini, voce *Imputabilità*, in *Dig. Disc. pen.*, VI, 1992, p.253 ss.

¹⁷ Così A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005, p.463

il *quantum* della pena, ma prima ancora, la stessa imputabilità dipendano dall'esistenza e dal grado del libero arbitrio, inteso quale facoltà di autodeterminazione del singolo, alla stregua di una libera scelta della propria volontà»¹⁸. Sulla stessa scia si colloca anche Feuerbach il quale, nella concezione della pena come una contropinta alla pulsione deviante, presupponeva l'esistenza di un soggetto intimidabile e, come tale, libero nelle sue scelte e capace di comprendere il valore degli atti da lui posti in essere. La concezione de volere sopra delineata v'è sotto il nome di indeterminismo ovvero teoria del libero arbitrio.

In netta contrapposizione a quest'ultima si colloca l'assioma del determinismo psichico facente capo a Rondeau, Stuart Mill, Girardin, Moleschott, tutte grandi personalità in campo filosofico e non solo, del Secolo XIX, da cui nascerà, sul finire del medesimo in Italia, la Scuola Positiva. Gli studiosi appartenenti a tale scuola concepiscono la responsabilità individuale come mera ascrizione materiale di un fatto criminoso ad un soggetto, dalla cui azione deviante e allarmante la società civile deve proteggersi. Di conseguenza, l'uomo viene concepito come mero recettore di stimoli esterni ai quali non può opporre alcuna resistenza valida. In altre parole, l'agire umano è soggetto a condizionamenti di vario genere che impediscono una scelta libera o consapevole. La pena poi assume il ruolo di unico valido strumento di difesa sociale di chiara ispirazione hobbesiana e darwiniana; questa abbandona la ricerca di un rapporto di proporzionalità con il reato per concentrarsi sul concetto di pericolosità sociale inteso come punto di riferimento per modificare la sanzione criminale in base alle esigenze correzionalistiche del reo.¹⁹

¹⁸ A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., p. 464

¹⁹ A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., p. 466

Tra i due grandi orientamenti sopra esposti è stato quello dell'indeterminismo, portato avanti in Italia dalla Scuola Classica, ad aver raccolto maggiori consensi nel panorama penalistico odierno. Una prova di tale successo può desumersi dall'analisi del pensiero del maggiore esponente della scuola in questione: Francesco Carrara, il quale era riuscito ad elaborare, già all'epoca, un concetto di imputabilità quale poi sarà accolto, almeno nei suoi punti essenziali, dalla moderna concezione normativa della colpevolezza, alla cui base si colloca la volontà razionale e libera, in quanto non coartata ed eterodiretta da alcun elemento esterno, dell'uomo.

All'interno di questo orientamento sono poi individuabili diversi paradigmi, avvicendatisi nel corso del tempo, che si differenziano per il modo di intendere «il significato, la definizione e la funzione che il principio della libertà di volere viene ad assumere all'interno del diritto penale e in particolare rispetto alla categoria[...] dell'imputabilità»²⁰.

Il primo, e più datato, da considerare è il paradigma dell'*indeterminismo stretto*. La libertà del volere, postulato necessario del diritto penale, va intesa in senso etico. Il fatto diventa «penalmente perseguibile quando sia dovuto[...] a deviazione del sentimento e al male dello spirito»²¹. La capacità di discernimento tra bene e male condiziona fortemente il potere di autodeterminazione del soggetto. I limiti di tale teoria consistono essenzialmente nella rappresentazione della libertà del volere come dogma indimostrabile e nella presenza di forti connotazioni eticizzanti all'interno della concezione di imputabilità che non le sono propri in quanto istituto prettamente giuridico.

²⁰ Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990 p. 65

²¹ Cass. 29 ottobre 1965, in *Riv. Pen.*, 1967, p.791

Il secondo paradigma, e anche il più condiviso, è quello dell'*indeterminismo relativo*.

Esso si basa sui «processi psicologici di motivazione alla condotta, indipendentemente da un giudizio di responsabilità eticamente fondata sulla capacità di distinguere il bene dal male»²². La capacità di intendere e di volere, secondo le diverse pronunce della Suprema corte sul punto, consiste nel capire il valore che l'atto acquista all'interno del contesto sociale di riferimento, nel potersi autodeterminare rispetto ai motivi che esercitano pressione sulla propria coscienza e infine nel riuscire a frenare i propri impulsi²³. L'imputabilità del soggetto quindi presuppone il libero arbitrio dell'uomo ma in una accezione più ristretta e più concreta, ossia come «coscienza che il soggetto ha del proprio atto e la normale autonomia volitiva di lui».²⁴

Così ragionando il diritto penale si aspetta dall'individuo il rispetto delle norme, prendendo come punto di riferimento l'esperienza sociale. Si tratterebbe quindi di valutare se il soggetto avesse potuto agire diversamente in quella specifica situazione o in una ad essa simile. Tale accertamento purtroppo si dimostra nella pratica impossibile per la mancanza di mezzi e strumenti adeguati in possesso delle scienze sociali che non permette loro di verificare il ventaglio di possibili condotte a disposizione di un singolo e specifico individuo, per giunta, in un contesto temporale passato.

Il terzo paradigma è rappresentato dall'*astratto indeterminismo*, il quale segue quello relativo, per quanto riguarda la concezione del volere, ma se ne allontana sul piano dell'accertamento. Per restituire a quest'ultimo una

²² Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.70

²³ Cass. 25 novembre 1974, in *Giust. pen.* 1975, II, p.384

²⁴ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, p 729

dimensione empirica e di conseguenza verificabile, si deve porre a confronto il soggetto concreto con uno invece ipotetico, definito secondo la media degli uomini. Quest'uomo "medio" «non sarebbe però da considerare né astrazione né tuttavia realtà concreta»²⁵, un punto di riferimento astratto ma comunque percepibile osservando il contesto sociale da cui trae origine. La libertà del volere concepita in chiave concreta ma allo stesso tempo astratta permette di fondare l'imprescindibile giudizio di colpevolezza che, a sua volta, permette di distinguere fra soggetto "normale" e "anormale" ai fini delle conseguenze sanzionatorie.

Al di fuori del dibattito e del rilievo puramente filosofico si è attualmente giunti ad una idea della libertà di scelta concepita come semplice assunto normativo alla base della colpevolezza; questa, per quanto concerne l'analisi giuridica, non dipende più da una dimostrabilità in senso psicologico o filosofico di tale libertà ma piuttosto «dal fatto se risulti coerente in senso teleologico che l'uomo sia trattato come libero e responsabile»²⁶.

Rimane però un grande problema, ossia l'estrema difficoltà per le moderne scienze sociali di accertare empiricamente la libertà di volere da cui deriva l'impossibilità di farla assurgere a fondamento del giudizio di imputabilità.

Un accertamento più pragmatico si può individuare nella "motivabilità" mediante norme del soggetto. È infatti questo «l'unico criterio in grado di discriminare tra soggetto colpevole e non colpevole e che risulterebbe essere indipendente dalla sussistenza della libertà del volere nell'uomo»²⁷.

Centrando il discorso sull'oggetto della trattazione la non punibilità del soggetto incapace è dovuta alla non efficacia della pena per mancanza di

²⁵ M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.94

²⁶ Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1984, p.25

²⁷ Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.105

presa motivazionale piuttosto che alla mancanza di libertà di volere e di possibilità di agire diversamente. Questa libertà andrebbe piuttosto considerata come un dato prefissato ed esterno rispetto alla colpevolezza e, probabilmente, più consona ad una trattazione extragiuridica.

Un novità davvero interessante da segnalare in questo campo riguarda l'inaspettato ritorno della teoria determinista, attualmente alla ribalta, nel panorama penalistico e psichiatrico. La libertà di volere fin'ora considerata come elemento imprescindibile e, per certi versi, scontato della natura umana viene messo in discussione facendo affidamento pressoché totale sulle "certezze" raggiunte in tal senso dall'attuale progresso tecnologico. Una trattazione esaustiva del tema avrà però luogo nel capitolo successivo a proposito dei diversi paradigmi dell'infermità mentale.

Una maggiore attenzione alla pragmaticità impone di considerare la responsabilità penale come un concetto indispensabile solo in un contesto sociale ove «la capacità, incapacità, innocenza e colpevolezza non sono attributi, quanto piuttosto attribuzioni, appunto sociali»²⁸. Se la responsabilità ha senso principalmente per garantire la convivenza sociale, parimenti «si potrebbe giungere a sostenere la necessità sociale della "credenza della libertà", anche indipendentemente dal fatto che sia vera o illusoria»²⁹.

3. Imputabilità e sistematica del reato: capacità di pena o capacità di colpevolezza?

Al fine di comprendere il fondamento giuridico dell'imputabilità, come per qualsiasi altro istituto, si deve necessariamente partire dall'analisi del testo

²⁸ Merzagora Betsos, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, I, 2011, p.179

²⁹ Merzagora Betsos, *Il colpevole è il cervello*, cit., p.187

di legge e, specialmente, dalla sua collocazione sistematica all'interno di esso. Ciò può essere di grande aiuto per evincere in maniera certa, o quantomeno altamente probabile, quali fossero le reali intenzioni del legislatore circa il ruolo che l'imputabilità avrebbe dovuto assumere nell'ordinamento penale.

La sede normativa è quella del titolo IV del I libro del codice penale, dedicato al reo. Partendo dal dato inoppugnabile, la dottrina italiana ha, da sempre, ragionato circa il suo rapporto con il reato e, in particolar modo, con l'elemento della colpevolezza.

Numerose sono state le ipotesi elaborate sia in dottrina che in giurisprudenza ma tre sono i principali indirizzi sul punto, di seguito elencati.

3.1 Imputabilità come capacità di diritto penale

Il primo definisce l'imputabilità come «uno stato, un modo di essere del soggetto, distinto dal reato e preliminare ad esso»³⁰. Uno *status* che rende il soggetto idoneo destinatario, prima ancora che della pena, del comando penale. L'imputabilità atterrebbe, al pari della pericolosità sociale, alle condizioni personali del reo³¹. Anche la Cassazione si muove in tal senso considerandola una «qualità, un modo di essere dell'individuo, riferendosi alla sua maturità psichica e alla sua sanità mentale»³². I non imputabili quindi sarebbero solo oggetto del precetto e non veri e propri destinatari di esso, non potendo cogliere la minaccia contenuta nella norma non si può pretendere che essi regolino il proprio comportamento di conseguenza. Tale orientamento trova un ulteriore sostegno nella Relazione di

³⁰ Petrocelli, *La colpevolezza*, Padova, 1955, p.11 ss.

³¹ Collica, *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino 2010, p. 454

³² Sez. Un. 14 giugno 1980, in *Foro it.*, 1980, II, p.114

accompagnamento del codice penale nella quale si legge, a proposito dell'art. 85, che esso «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; dà, in altre parole, la nozione della personalità di diritto penale, definendo la persona normale, alla quale la legge penale può essere applicata». Un ulteriore elemento di supporto a tale teoria è offerto dagli artt. 222 e 224 c.p. in base ai quali vengono applicate le misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e del riformatorio giudiziario. L'applicazione delle misure di sicurezza, come vedremo nell'ultimo capitolo, presuppone la commissione di un reato perfetto in tutti i suoi elementi e prescinde dalla imputabilità o meno dell'individuo; in base al dato normativo quindi, l'imputabilità è un elemento esterno al reato, in linea peraltro con la sistematica del codice penale che tratta dell'imputabilità e di alcune forme di pericolosità sociale nel titolo IV del libro I dedicato al reo, e non invece nel III titolo dedicato al reato³³. I punti deboli di tale costruzione riguardano la concezione dell'obbligo giuridico imposto dalla norma come necessitante di una interiorizzazione a livello psicologico, mentre ormai giuristi del calibro di Petrocelli o di Bellavista hanno chiarito che le riflessioni sulla libertà di scelta o sulla capacità di intendere e di volere si collocano in una fase successiva alla fissazione dell'obbligo giuridico. Ragionando altrimenti si giungerebbe ad una conseguenza paradossale, ossia il non considerare più il soggetto incapace come soggetto di diritto e quindi violando l'art 3 della Costituzione sul principio di uguaglianza. Non può esistere distinzione che tenga sui destinatari della norma giuridica poiché questa, e specialmente la norma penale, contiene «un messaggio valutativo di tutela e di rafforzamento dei valori che deve

³³ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., pp. 48-49

intendersi destinato a tutti i consociati»³⁴, a prescindere quindi dalla concreta situazione in cui un soggetto potrebbe trovarsi.

3.2 Imputabilità come capacità di pena

La tesi dell'imputabilità come capacità di pena riconduce la stessa a «condizione personale di sottoposizione a pena, il che presuppone un reato perfetto in tutti i suoi elementi»³⁵. Si tratta di una vera e propria qualifica, o meglio di uno *status* necessario, affinché l'autore del reato possa essere punito³⁶. La «mancanza di imputabilità, quindi, costituisce semplicemente una causa personale di esenzione della pena»³⁷.

Dal punto di vista della sistematica del reato l'imputabilità è quindi collocata al di fuori della struttura del reato e, precisamente, in una fase successiva alla realizzazione del medesimo. Essa finisce per essere utilizzata esclusivamente al fine di verificare se il soggetto meriti una pena in senso stretto e se questa sia idonea ad impedire il compimento di altri reati o, tutt'al più, ad arginare la pericolosità sociale dell'incapace. Di conseguenza l'imputabilità e la colpevolezza esprimono concetti diversi e operano su piani diversi³⁸.

Elementi a sostegno di questa tesi si rinvengono, ancora una volta, negli artt. 222 e 224 c.p., sopra menzionati. Le norme in questione ricollegano la durata minima delle misure di sicurezza alla gravità dei fatti commessi, richiamando implicitamente l'art. 133 c.p., che annovera, tra gli elementi di cui tener conto ai fini della valutazione della gravità del fatto e della

³⁴ Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.516 ss.

³⁵ Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, p.11

³⁶ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, 2003, p.617 ss.

³⁷ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.618

³⁸ Cass., Sez. VI, 10 marzo 2003, CED 225645

commisurazione della pena, l'intensità del dolo e il grado della colpa. Avendo già osservato come l'applicazione delle misure di sicurezza avvenga sia per i soggetti imputabili che non imputabili, se ne deduce anzitutto, che l'elemento soggettivo sussiste anche in assenza di imputabilità, e, di conseguenza, che l'imputabilità stessa, vada considerata, alla stregua del dolo e della colpa, come un mero «stato soggettivo che decide della sola assoggettibilità a pena in senso stretto»³⁹.

Occorre rilevare come tale concezione sia stata già da tempo accantonata. La dottrina attualmente prevalente, è, innanzitutto, convinta che il dolo e la colpa non esauriscano il concetto di colpevolezza che, inteso in senso normativo, ricomprende anche la rimproverabilità del reo per il comportamento tenuto, e poi, come vedremo meglio nel paragrafo dedicato ad essi, sia il dolo che la colpa si atteggiavano in maniera differente a seconda che si riferiscano ad un soggetto imputabile o non imputabile. Sempre tale dottrina ritiene che non sia corretto parlare, come fa Antolisei, di cause di esclusione della pena, ma di cause di esclusione della colpevolezza, in quanto prima che incapace di essere destinatario della pena, il soggetto è incapace di colpevolezza, nel senso che non è possibile muovergli alcun rimprovero, quello stesso rimprovero che è presupposto della applicazione di una qualsiasi pena.

3.3 Imputabilità come capacità di colpevolezza

Il terzo orientamento che si presenta come il più moderno e il più attento alle esigenze garantistiche del principio di colpevolezza e dell'esigenza rieducativa della pena, identifica l'imputabilità come capacità di colpevolezza, inserendola quindi all'interno del reato come presupposto dell'elemento soggettivo. Anche l'imputabilità, come ogni altro istituto del

³⁹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.329

diritto penale, è infatti soggetta al rispetto del vincolo normativo imposto dal principio di colpevolezza, secondo la chiave di lettura offerta dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n.364/1988; i giudici in quell'occasione hanno interpretato il principio di responsabilità personale di cui all'art. 27 Cost. come responsabilità per fatto proprio e colpevole, non ammettendo, di conseguenza, la sussistenza del reato quando manchi l'elemento soggettivo. Anche la Corte di Cassazione si pronuncia in tal senso affermando che, per capire affondo la funzione che l'imputabilità assolve è necessario partire dalla teoria generale del reato. Infatti «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»⁴⁰. In quest'ottica costituzionalmente orientata, l'imputabilità diviene presupposto della colpevolezza. Così facendo, viene valorizzata la reale portata del concetto di capacità d'intendere e di volere di cui all'art.85 c.p.; «con essa infatti vengono fissati i presupposti per riconoscere nel soggetto la capacità di colpevolezza e la capacità di pena nel senso di idoneità ad essere destinatario della sanzione criminale secondo principi costituzionalmente sanciti, e ciò indipendentemente dalla funzione che alla pena si voglia riconoscere»⁴¹.

La visione di un'imputabilità strettamente connessa con il principio di colpevolezza si può riscontrare anche all'interno del Progetto Grosso e precisamente nella relazione di accompagnamento del progetto preliminare ove viene espressa la «ferma opzione per il mantenimento della distinzione fra soggetti imputabili non imputabili, cioè fra soggetti cui possa o non possa essere mosso un rimprovero di colpevolezza, in ragione delle loro

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 24 gennaio 2005, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p.853ss.

⁴¹ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.51

condizioni soggettive al momento del fatto»⁴²; nell'articolato finale del progetto tale enunciato non si è però tradotto, come era ragionevole aspettarsi, in una modifica dell'attuale sistematica del codice.

Al fine di rendere operativa la scelta a favore della colpevolezza, si rivela necessario interpretare le norme del codice superando il mero dato testuale; ad esempio, ove si faccia riferimento al fatto di reato del soggetto non imputabile, quest'ultimo assunto andrà inteso nel senso di fatto astrattamente previsto come reato.

Partendo da queste regole comuni, sono individuabili diverse sottoconcezioni le quali, seguendo ognuna un percorso differente, hanno tentato, da un lato, di individuare nello specifico, il fondamento del legame tra la categoria dell'imputabilità e il principio della colpevolezza, e dall'altro, di precisare significato e contenuto di entrambi gli istituti.

Secondo un primo approccio, la colpevolezza richiederebbe non una semplice connessione psichica tra agente e fatto bensì «un nesso psichico qualificato»⁴³, intendendo per qualificato la sua idoneità ad incidere sulla psiche di un soggetto altrimenti “normale” e maturo. La particolarità di tale impostazione consiste nel considerare la capacità di intendere e di volere del soggetto un elemento oggettivo proprio perché afferente, in via principale, al reato. Lo stato soggettivo invece sarebbe rappresentato da elementi quali la recidiva o la tendenza a delinquere i quali «non modificano il reato nei suoi elementi costitutivi se pure fa variare la sanzione»⁴⁴.

Un importante passo in avanti è rappresentato dalla concezione psicologica della colpevolezza, detta anche teoria belinghiana. Qui è richiesto solo un

⁴² *Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale*, settembre 2000, p.67

⁴³ Alimena, *Appunti di teoria generale del reato*, 1938, p.39 ss.

⁴⁴ Alimena, *Appunti di teoria generale del reato*, cit. p.45 ss.

rapporto psichico che lega autore e reato, senza necessità di alcuna qualificazione. Tale impostazione si concentra sulla volontarietà della persona nel compiere lo specifico atto criminoso prescindendo dalla considerazione di qualsiasi elemento esterno. La colpevolezza diventa il *genus* nel quale sono ricomprese le *species* di dolo e colpa, le uniche due modalità di concretizzazione del principio costituzionale. Le problematiche maggiori riguardano la definizione eccessivamente generica di colpevolezza e l'eccessiva separazione tra dolo e colpa, il primo riconducibile propriamente all'ambito psicologico e il secondo a quello etico o propriamente giuridico⁴⁵. Così ragionando sarebbe sufficiente l'accertamento del dolo o della colpa per rendere imputabile un soggetto in realtà incapace.

3.3.1 La concezione normativa della colpevolezza

Il lungo dibattito circa la collocazione sistematica dell'imputabilità arriva ad un approdo, potremmo anche dire definitivo, con la concezione normativa della colpevolezza. Tale orientamento ha avuto origine in Germania nei primi anni del XX secolo dal teorico e giurista Reinhold Frank. L'innovazione davvero rivoluzionaria è rappresentata dall'introduzione del parametro della riprovevolezza intesa come «situazione soggettiva che condiziona l'applicabilità di sanzioni destinate a quanti il sistema ritiene meritevoli di punizione»⁴⁶. Il giudizio di riprovevolezza non viene più elaborato con riferimento alla sola personalità del reo ma tenendo anche conto del suo rapporto con l'ambiente e il

⁴⁵ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.14

⁴⁶ M. Gallo, *Appunti diritto penale*, cit., p.27

contesto sociale in cui vive ed estrinseca quella personalità. La colpevolezza, oggetto principale di valutazione del comportamento umano, non si limita più al dolo e alla colpa ma ricomprende anche il grado di contrarietà della specifica condotta, tenendo conto della situazione personale e sociale dell'agente, rispetto alle regole cautelari imposte dall'ordinamento per quella situazione tipo. La rimproverabilità sarà, pertanto, più elevata quanto più sarebbe stato esigibile un comportamento conforme alla norma da parte dello specifico agente e sarà minore quanto meno poteva in concreto richiedersi a quest'ultimo di rispettare la regola di condotta. Nel valutare l'esigibilità della condotta conforme al precetto, non si potrà mancare di prendere in considerazione la specifica situazione del soggetto al momento del fatto, evidenziando così l'importanza dei profili personalistici della responsabilità penale. Come anticipato, già il grande giurista lucchese Francesco Carrara aveva pensato all'imputabilità in questi termini. In sintesi, secondo il Carrara il giudizio di imputabilità si compone, oltre a quello materiale, di due fondamentali elementi: l'imputabilità morale e l'imputabilità politica. La prima richiede che al soggetto sia ascrivibile il fatto in base alle leggi della «responsabilità umana»⁴⁷ e la seconda invece che, in base alle leggi imposte dall'ordinamento la condotta del soggetto sia qualificabile come «atto biasimevole» e «dannosa alla società»⁴⁸; i requisiti essenziali della concezione normativa della colpevolezza ci sono tutti. L'importante novità che di conseguenza viene introdotta è la graduabilità della colpevolezza che diventa ora possibile grazie ad un oggettivo punto di riferimento costituito dalla riprovevolezza del comportamento rispetto a quanto prescrive il dato normativo. Con la ricomprensione di quelle che Frank definisce “circostanze concomitanti” il dolo e la colpa finalmente si

⁴⁷ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte generale, I, V ed., Lucca, 1877, §5

⁴⁸ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., §9

ricongiungono non sul piano psicologico, punto sul quale la precedente concezione aveva fallito, bensì su quello normativo. L'elemento comune diventa «la circostanza che il soggetto ha agito [...] in modo difforme da come l'ordinamento voleva che agisse»⁴⁹.

La concezione normativa della colpevolezza risulta essere la più coerente col dettato costituzionale. Risulta migliore anche per la capacità di conferire all'imputabilità un ruolo ben definito e particolarmente rilevante all'interno della sistematica del reato. Essa diventa il presupposto, prima di tutto a livello concettuale, della colpevolezza⁵⁰. Di conseguenza, in base alla concezione tripartita, il soggetto non imputabile non potrà mai commettere un reato, in quanto manca l'elemento soggettivo senza il quale non può essere mosso alcun tipo di rimprovero.

Occorre precisare come la dottrina, prima tedesca e poi italiana, abbia sviluppato dalla concezione normativa un'ulteriore variante, in chiave finalistica, della colpevolezza. La più grande innovazione raggiunta attraverso tale teoria consiste nella collocazione del dolo e della colpa all'interno di ognuno degli elementi strutturali del reato. All'interno del fatto tipico la loro presenza sarebbe testimoniata da alcuni reati connotati, più di altri da un determinante elemento psichico, il che permetterebbe anche di distinguere tra reato consumato e reato tentato. Nella antigiuridicità la prova si rinverrebbe nel giudizio di contrarietà al diritto del comportamento umano influenzato anche da profili soggettivi. Il più recente approdo dottrinario di tale variante colloca il dolo e la colpa in «una doppia posizione, essendo presenti nel fatto tipico illecito, come elementi costitutivi dell'antigiuridicità, in quanto portatori del disvalore oggettivo dell'azione, e nella colpevolezza, come elementi che consentono la

⁴⁹M.T Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit. p. 17

⁵⁰ In tal senso Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, p.527; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, p.291; Mantovani, *Diritto penale*, cit. p.306

rimproverabilità al suo autore»⁵¹. In questo modo, di fronte ad una presunta incapacità del soggetto, prima ancora di chiedersi se egli possa agire con dolo o con colpa, occorrerà chiedersi se egli sia idoneo a percepire il disvalore dell'azione o, per usare le parole della Corte Costituzionale, se abbia «la possibilità di rendersi conto di commettere un fatto penalmente illecito»⁵².

La più moderna dottrina e giurisprudenza si schiera a favore di tale indirizzo, in base al quale l'imputabilità non va più considerata solo come capacità d'intendere e di volere, ma come «capacità di pena, in quanto capacità di colpevolezza»⁵³.

3.4 Riflessioni sulla sistematica dei progetti di riforma del codice penale in tema di imputabilità

Il radicale cambiamento nella considerazione del ruolo che l'imputabilità deve ricoprire nel sistema penale, che abbiamo visto essere avvenuto in dottrina e in giurisprudenza non è stato, tuttavia, formalmente accolto dal legislatore che, nei progetti di riforma del codice penale, non ha operato una chiara scelta sistematica in tale direzione.

Seguendo un ordine cronologico, iniziamo con i Progetti Pagliaro⁵⁴ e Riz⁵⁵ rispettivamente del 1992 e del 1995: entrambi ricalcano l'impostazione tradizionale del codice che vede la disciplina dell'imputabilità collocata nel libro dedicato al reo e alla persona offesa dal reato.

⁵¹ Romano, Commentario sistematico del codice penale, cit., pre-art. 39/59

⁵² Corte cost., n.364 del 1988

⁵³ M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg pen.*, 2006, p.215

⁵⁴ Schema di disegno di legge delega 16 febbraio 1987 n.81 al Governo, in *Quaderni de "L'indice penale"*, in *Per un nuovo codice penale*, Pisani (a cura di), Padova, 1993

⁵⁵ Disegno di legge del 1995 n.2038, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p.927 ss.

Il progetto di riforma Grosso⁵⁶, nella sua versione originaria del 1998, invece colloca la disciplina dell'imputabilità nel Titolo IV dedicato alla pena. La scelta risulta piuttosto discutibile per vari motivi: a) il progetto prevedeva un titolo apposito dedicato alla colpevolezza in cui sarebbe stato opportuno inserire le norme in tema di imputabilità, b) la stessa commissione incaricata del progetto, nella relazione di accompagnamento, ha precisato che la non imputabilità determina prima di tutto un rimprovero di colpevolezza, di cui l'impossibilità di irrogare la pena è solo una conseguenza, c) il titolo in cui è stata effettivamente inserita, si colloca dopo la parte dedicata al sistema sanzionatorio, facendo apparire la disciplina come un corpo normativo a sé stante⁵⁷. Tale impostazione è stata mantenuta anche dalla versione finale del progetto pubblicato nel 2001.

Il progetto in questione considera il soggetto non imputabile come inidoneo destinatario della pena, aderendo all'ormai superata concezione dell'imputabilità come capacità di pena. In realtà il non imputabile manca *in primis* di colpevolezza, condizione antecedente e necessaria all'irrogazione della pena.

Le ragioni di tale scelta sarebbero da ricercare nella considerazione, da parte della commissione incaricata del progetto, della collocazione sistematica dell'istituto come un problema che «non ha la dignità di questione “dogmatica” ma è solo questione di mera “estetica” del codice penale, del tutto irrilevante»⁵⁸; la realtà, tuttavia, smentisce tale considerazione. A ben vedere, un'appropriata collocazione sistematica, soprattutto di un istituto così controverso come l'imputabilità, assume un

⁵⁶ Progetto preliminare di riforma del codice penale, parte generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 600 ss.

⁵⁷ In tal senso M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione accertamento e prospettive*, cit., p.30

⁵⁸ Pulitanò, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p.13

rilievo non puramente estetico ma determinante, ai fini della comprensione sia del significato che dell'operatività delle norme⁵⁹.

Con il Progetto Nordio⁶⁰ del 2004 si ritorna all'impostazione tradizionale, e l'imputabilità viene inserita in un apposito titolo, immediatamente precedente a quello relativo alla pena. La scelta operata sembra però incoerente rispetto a quanto prevede la relazione di accompagnamento a proposito dell'elemento soggettivo quando afferma che il presupposto di quest'ultimo è proprio la capacità d'intendere e di volere. Se l'elemento soggettivo, sia nelle forme di dolo che di colpa, è un elemento costitutivo della colpevolezza, allora anche la capacità d'intendere e di volere dovrebbe rientrare più correttamente nell'alveo della colpevolezza. Anche tale progetto quindi, fallisce, come i precedenti, nel dare maggiore chiarezza e coerenza alla disciplina dell'imputabilità, quest'ultima rimodernata in un'ottica costituzionalmente orientata solo grazie al dibattito penalistico di dottrina e giurisprudenza.

4. Il dolo e la colpa del non imputabile

Un'altra controversa questione, strettamente collegata alla sistematica dell'imputabilità, concerne l'elemento psicologico del reato del non imputabile. Come si atteggiavano il dolo e la colpa nel soggetto incapace di intendere e di volere?

Il risultato sarà certamente diverso a seconda della concezione della colpevolezza prescelta rispetto al vincolo che la lega all'imputabilità. Ci troviamo di fronte ad orientamenti diametralmente opposti ma che richiedono entrambi un'attenta analisi al fine di poter dare una risposta consapevole al quesito sopra esposto.

⁵⁹ Pulitanò, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, cit., p.16

⁶⁰ Testo provvisorio del progetto in *Cass. pen.*, 2005, p.244 ss.

C'è chi aderisce ad una visione formalistica della colpevolezza intesa come espressione di un nesso psichico generico tra il fatto e il suo autore. In quest'ottica occorre partire dal dato certo, ossia la norma penale. Parlare di imputabilità o anche di colpevolezza in termini astratti «significa prescindere dal dato normativo che ci impone di ragionare in termini di dolo, colpa e capacità di intendere e di volere, cioè su elementi di fattispecie concreta»⁶¹, certamente più utili al fine di comprendere la realtà dei fatti.

L'imputabilità, in base all'art 85 com 1, rileva esclusivamente ai fini della non punibilità del soggetto, presupponendo quindi un reato perfetto nei suoi elementi, compreso quello soggettivo. Dall' articolo quindi si evince che non può esistere una incompatibilità tra stato di incapacità ed elemento psicologico del fatto poichè non sarebbe altrimenti configurabile un reato per il quale non essere puniti. Un altro dato su cui basarsi è il reato nel suo ruolo di presupposto dell'imputabilità. «Solo una volta che sia accertato un illecito penale, al completo di tutti i suoi elementi, ci si chiederà se il soggetto che lo ha posto in essere era, in quel momento, capace di intendere e di volere»⁶². Tra i suoi elementi, naturalmente, risulta quello soggettivo per il quale, tra l'altro, il legislatore non pone alcuna differenza tra quello in capo al soggetto imputabile e in capo al non imputabile.

L'ultimo rilievo ci porta al nocciolo della questione: il substrato da cui scaturisce l'incapacità della persona determina un mutamento dell'elemento soggettivo oppure rimane uguale rispetto a quello presente in una persona capace?

L'art 43 sull'elemento psicologico del reato è il punto di partenza obbligatorio. In tale norma il soggetto attivo è definito come “agente” senza

⁶¹ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, p.120

⁶² M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p.125

ulteriori precisazioni. Identica situazione è riscontrabile in norme simili come l'art 47 c.p. sull'errore di fatto, o anche nell'art 59 c.p. sulla supposizione erronea di una scriminante; entrambi saranno esaminate più avanti. L'analisi normativa dimostra che il legislatore ha preferito tacere sul punto e non operare alcun tipo di distinzione.

La successiva analisi viene compiuta sulla realtà fattuale per verificare se vi sono situazioni concrete tali da far ritenere opportuna una diversa disciplina.

A tal proposito, occorre prendere in esame il concetto di "coscienza e volontà" di cui all'art 42 c.p. Romano ritiene sia corretto definirla come «coefficiente di umanità che consente di considerare l'azione o l'omissione come propria di un soggetto, a lui attribuibile e in questo senso sua», mentre l'imputabilità «è la condizione di questo che consente di connotare l'azione o l'omissione [...] già a lui attribuibile, come azione od omissione colpevole»⁶³. La coscienza e la volontà dell'agire si dimostrano l'indispensabile punto di partenza sia della capacità di intendere e di volere sia degli elementi di dolo e colpa. Un'ultima importante differenza da sottolineare è che, l'elemento di coscienza e volontà rileva sul piano della tipicità, mentre l'imputabilità, in quanto capacità di colpevolezza, rileva in quest'ultimo ambito. All'opposto di tale stato di "normalità" si collocano le situazioni di forza maggiore, intese come «processi che si sviluppano dalle forze della natura e [...] da accadimenti che si sottraggono al controllo degli eventi mentali»⁶⁴. Sugli eventi mentali, normalmente nella sfera di dominio del soggetto, può interferire, ad esempio, un'infermità che agisce sulla psiche impedendogli di comprendere l'illecito e determinandolo a compiere una specifica azione criminosa. Tale situazione è felicemente riassunta dalla

⁶³ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, art. 85-149, cit., p.6

⁶⁴ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p. 128

formula «capacità di controllo della propria condotta»⁶⁵, fatta propria dalla relazione di accompagnamento al Progetto Nordio menzionata al paragrafo precedente, ma affermata ancor prima in dottrina come una formula meno equivoca rispetto a quella attuale di coscienza e volontà. Nelle situazioni di vera e propria forza maggiore ciò che verrà a mancare sarà, prima ancora dell'imputabilità, la coscienza e volontà e, di conseguenza, il reato stesso.

Il dolo e la colpa sembrano atteggiarsi quindi allo stesso modo tanto nel soggetto capace quanto in quello incapace, almeno da un punto di vista strettamente giuridico.

L'orientamento appena esposto viene però confutato da chi aderisce ad una visione sostanzialista della colpevolezza la quale preferisce non soffermarsi sul dato normativo come evinto dal codice, ma piuttosto superarlo per raggiungere una maggiore coerenza ed armonia con i principi costituzionali in materia. Fondamentale, a tal proposito, è la distinzione che intercorre tra responsabilità penale personale e responsabilità penale colpevole. La prima «si colloca all'interno dei confini segnati dai due distinti atteggiamenti del soggetto rispetto al fatto offensivo posto in essere», la seconda invece è da intendersi come «insieme di presupposti (ulteriori rispetto agli elementi oggettivi e soggettivi del fatto di reato) che valgono a configurare come legittimo e utile l'assoggettamento dell'autore di un illecito penale, in particolare, alla pena criminale...»⁶⁶. Nel fatto del non imputabile è presente, secondo tale impostazione, una responsabilità personale comprensiva di dolo e di colpa, ma non una responsabilità colpevole poiché manca del requisito di rimproverabilità, «in quanto si tratta di un soggetto nel quale per mancanza di capacità di intendere o di volere è venuta a mancare la capacità di rendersi conto del complessivo significato di

⁶⁵ Fiorella, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p.1328

⁶⁶ G. De Vero, 2004, 168, 176 ss.

disvalore sociale»⁶⁷ rispetto alla sua condotta criminosa. Ciò si sposa perfettamente con la concezione normativa della colpevolezza la quale non si esaurisce nei soli elementi di dolo e di colpa. Secondo la dottrina prevalente, sempre nell'ambito di una concezione sostanzialista, atteso che «anche gli incapaci possono realizzare il fatto con dolo o con colpa, tali coefficienti di imputazione assumono, nei loro confronti, un valore profondamente diverso che nei confronti dei soggetti capaci»⁶⁸. Il dolo è «sorretto da una volontarietà-intenzionalità, priva però dei comuni indici di significatività giuridico- penali»⁶⁹. Di conseguenza esso si trasforma «in un coefficiente abnorme che può solo caratterizzare la pericolosità del soggetto, ma non certo esprimere l'appartenenza del fatto al suo autore nel senso indicato dal principio di colpevolezza»⁷⁰. La colpa, anche per ciò che concerne l'errore colposo, invece, «è da intendersi come mera violazione della regola oggettiva di diligenza»⁷¹; a ben vedere, nella colpa manca un effettivo coefficiente psichico di volontarietà e, di conseguenza, il rimprovero del fatto si fonderà sul non essersi prodigato per evitare la lesione al bene giuridico che doveva e poteva evitare attraverso l'osservanza delle regole cautelari presenti in quel determinato ambito. Il rimprovero si basa sulla conoscibilità e non sulla conoscenza, come nel dolo, degli elementi del fatto tipico. La conoscibilità ha però bisogno di un parametro alla luce del quale poter essere valutata: la normalità in una data situazione. Questa normalità, a cui si riferisce il giudizio sulla colpa, può riassumersi come «l'aspettativa ragionevole, psicologicamente e

⁶⁷ Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.54

⁶⁸ Padovani, *Diritto penale*, 2008, p.184

⁶⁹ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.59

⁷⁰ Padovani, *Diritto penale*, cit., p. 184

⁷¹ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale Art. 85-149*, p.5

criminologicamente fondata di ciò che i consociati possono evitare»⁷². La colpa, in verità, è l'elemento soggettivo che muta più radicalmente quando si parla di soggetti non imputabili: la componente normativa sottesa alla valutazione della colpa non è presente nel fatto commesso dal non imputabile per la sua incapacità di adeguarsi allo standard minimo imposto dall'ordinamento in quella specifica situazione.

Il dolo e la colpa dell'incapace, così delineati, diventano meri fenomeni naturalistici e, per questo motivo, non permettono di compiere un reale giudizio di disvalore sociale alla base di un rimprovero di colpevolezza. Per spiegare il fenomeno sono state coniate le espressioni "pseudodolo" e "pseudocolpa"⁷³.

A sostegno di tale tesi intervengono anche degli studi, condotti dalla scienza psichiatrica più recente, che hanno evidenziato come la patologia mentale possa influire negativamente sui processi cognitivi della mente umana fino al punto di impedire un'organizzazione razionale delle informazioni e di compromettere il sistema delle convinzioni in base alle quali vengono prese le soluzioni comportamentali di tutti i giorni.

La diversità dei concetti di dolo e di colpa nel soggetto incapace si evincerebbe, inoltre, da una riflessione della dottrina penalistica sulla differenza tra intenzionalità da un lato e volontarietà dall'altro. La prima rappresenta il proposito, la seconda il motivo dell'azione. Così ragionando l'azione del non imputabile è da considerarsi sì intenzionale, poiché diretta verso uno scopo, ma non anche volontaria, poiché la motivazione dell'agente viene falsata, nel caso dell'infermo, da una patologia mentale. Questa diversità è ben presente nel soggetto paranoico. La sua psiche è colpita da idee cd deliranti, idee dal contenuto erroneo ma tanto

⁷² M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.60

⁷³ Mantovani, *Diritto penale*, 2007, cit., p.287

incorreggibili da sfidare qualunque dimostrazione critica. Il soggetto per esempio, a causa del disturbo, è convinto che un passante, che per puro caso segue la sua stessa direzione, lo stia in realtà inseguendo per fargli del male e di conseguenza il soggetto lo ferisce credendo di agire per difesa personale. In questa situazione il dolo inteso come mera intenzionalità di cagionare il ferimento sussiste, ma il dolo inteso come motivazione che spinge il soggetto ad agire non è presente a causa del disturbo che ha inficiato i processi cognitivi e razionali dell'agente, portandolo a ritenere pienamente legittimo il proprio comportamento.

I rilievi fin qui svolti, confermano come l'elemento soggettivo del reato, di cui l'imputabilità costituisce un elemento indefettibile, rappresenti un concetto di genere che si colloca, problematicamente, al confine tra colpevolezza ed antigiuridicità, non essendo del tutto riconducibile né all'uno né all'altro requisito in questione. Inoltre, a prescindere dal fatto che si riferiscano ad un soggetto capace o meno, il dolo e la colpa sono elementi costitutivi del reato, e come tali, debbono essere sempre oggetto di apposito accertamento secondo le regole generali del diritto penale, «e cioè con riferimento all'ipotesi di un soggetto agente dotato di normale capacità di intendere e di volere»⁷⁴.

5. L'errore del soggetto incapace

Per meglio comprendere la natura del dolo nel soggetto non imputabile occorre analizzare l'elemento che ne costituisce l'opposto: l'errore.

Anche per tale disciplina i due principali orientamenti sono rappresentati da chi segue una dogmatica formalistica e da chi ne segue una sostanzialistica.

Prendiamo in esame l'art 47 c.p. il quale dispone che «l'errore sul fatto che costituisce reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di

⁷⁴ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.63

errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo». L'errore sul fatto è determinato da una mancata rappresentazione di un elemento essenziale, ossia «deve cadere sul fatto costitutivo di illecito nella sua essenza naturalistica in quanto riprodotta in una figura tipica criminosa»⁷⁵, determinando l'assenza del dolo e, di conseguenza, del reato. Se però la mancata rappresentazione del fatto dipende da un'infermità che esclude o diminuisce la capacità di intendere e di volere l'effetto che discende dall'applicazione dell'articolo 47 sarà lo stesso?

Secondo la visione formalista, più attenta al dato normativo, non si profila alcuna differenza tra errore del soggetto sano ed errore del soggetto infermo; per il secondo la volizione del fatto è accompagnata da una rappresentazione distorta della realtà giuridicamente rilevante del fatto voluto proprio come per il primo⁷⁶. La conseguenza pratica più rilevante di tale ragionamento è che al non imputabile non sarà possibile applicare nemmeno la misura di sicurezza in caso di una accertata pericolosità sociale.

L'orientamento sostanzialista invece si concentra, più che sul dato normativo, sul dato naturalistico tenendo in maggior conto il particolare stato psichico dell'individuo. In caso di errore sul fatto dell'infermo «il soggetto va prosciolto perché incapace di intendere e di volere ex artt. 85 e 88, in quanto a tale tipo di errore non va riconosciuta efficacia scusante. Nello stesso tempo, il fatto commesso in situazione di errore diventa un parametro importante per la valutazione della pericolosità, poiché risulta in grado di esprimere il valore sintomatico di pericolosità, presupposto

⁷⁵ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p. 138

⁷⁶ In questo senso Cerquetti, 1979, p.96; Fiore C., Fiore S., 2008, p.394

normativo per l'applicazione della misura di sicurezza»⁷⁷. Inoltre la stessa Cassazione ha sostenuto che «l'efficacia discriminante dell'errore... presuppone la capacità di intendere e di volere» e di conseguenza che «ritenuta la totale infermità di mente dell'imputato, si esclude l'indagine sull'eventuale ricorrenza della discriminante dell'errore»⁷⁸.

Si giunge alle medesima diversità di vedute anche nel caso dell'art 59 c.p. sulla supposizione erronea di una scriminante: chi nega l'esistenza stessa dell'illecito penale, prima ancora che della possibilità di sottoporre a pena il malato poiché, ciò che conta è la convinzione di agire in presenza di una scriminante, e chi invece considera primario l'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere con la conseguenza di ritenere ammissibile l'irrogazione della misura di sicurezza quando sia accertata la pericolosità sociale dell'individuo.

In conclusione, volendo trovare un punto d'incontro tra le due tesi sostenute si può affermare che, da un lato, la normativa è unica ma la natura delle cose, attenta alla specifica e peculiare realtà psicologica dell'incapace, detterebbe una duplice disciplina. L'elemento fondante tale duplicità sembrerebbe essere rappresentato dalla pericolosità sociale. «Se la pericolosità assumesse importanza così determinante da imporre una disciplina diversa nel caso del dolo del non imputabile»⁷⁹ allora diventerebbe giustificabile superare il dato strettamente normativo.

6. Le cause di esclusione dell'imputabilità

⁷⁷ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.66; così anche Fiandaca, Musco, 2007, 331; Pagliaro, 2003, p.409

⁷⁸ Cass. 9 ottobre 1985, CED 171384

⁷⁹ Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p. 159

Abbiamo già detto come l'imputabilità venga definita come capacità di intendere e di volere ma il codice non specifica quando o a che condizioni sia presente nel soggetto tale capacità; specifica al contrario, quando tale capacità sia da ritenere assente o solo scemata.

Tutto parte da un fondamentale presupposto: il legislatore «pone al centro dell'ordinamento, come postulato razionale, un essere umano che, sino a quando non risulti impedito dall'età o da altri fattori condizionanti, è visto come soggetto dotato di intelletto e volontà»⁸⁰. La persona viene quindi considerata, nel concreto, imputabile «attraverso il riferimento ad alcuni parametri legali predeterminati: l'età del soggetto e l'assenza di infermità mentale o di altre condizioni capaci di incidere sull'autodeterminazione responsabile dell'agente»⁸¹.

Nell'ambito di un processo «di maggiore umanizzazione e personalizzazione della responsabilità, vanno collocate le cause di esclusione della colpevolezza, e [...] in particolare quelle che incidono sulla imputabilità...»⁸²; alcune di esse determinano la non punibilità del soggetto in modo automatico, per la loro sola presenza, altre invece necessitano di un accertamento caso per caso volto a verificare la loro reale incidenza sulla capacità di intendere e di volere.

6.1 Minore età

L'art 97 del codice penale prevede che «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni». La norma sancisce una presunzione *juris et de jure* di non imputabilità da ricollegare ad una situazione di immaturità intesa come «comprensiva non

⁸⁰ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale art. 85-149*, cit., p. 7

⁸¹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 334

⁸² Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al panorama organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, p.325

soltanto del carente sviluppo delle capacità conoscitive, volitive e affettive, ma anche dell'incapacità di intendere il significato etico-sociale del comportamento e dell'inadeguato sviluppo della coscienza morale»⁸³. Si tratta indubbiamente di una mera convenzione visto che già a tale età il minore potrebbe presentare uno sviluppo intellettuale e volitivo più simile a quello di un adulto che di un bambino. Tale constatazione non impensierisce più di tanto visto la rarità dei casi di eccessiva discrepanza tra età anagrafica ed età mentale e la scelta legislativa si conferma ancora valida anche perché lo stesso limite di età è stato riaffermato nel Progetto Pagliaro e nel Progetto Grosso di riforma del codice penale.

Il fatto commesso dal minore resta tuttavia tipico e antiggiuridico, potendo quindi giustificare l'irrogazione di una misura di sicurezza.

L'art 98 invece recita «E' imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita». In questo caso ci troviamo di fronte ad un «livello intermedio tra quello dell'età sino ai quattordici, per il quale vige una presunzione legale assoluta di non imputabilità, e quello dell'età dai diciotto in su, per il quale, presupponendosi una [...] convenzionale maturità fisio-psichica, si da di regola presente l'imputabilità»⁸⁴. Nei confronti del minore ultraquattordicenne sarà necessario procedere all'accertamento dell'imputabilità caso per caso e, se questa venga individuata, il minore avrà diritto solo ad una diminuzione di pena. La necessità di un accertamento concreto si desume dal d.P.R. n.448/1988 sui processi minorili. All'art 9 è previsto che «il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari,

⁸³ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.336

⁸⁴ Romano,Grasso, *Commentario sistematico del codice penale art. 85-149*, cit., p.7

sociali, e ambientali del minore al fine di accertare l'imputabilità e il grado di responsabilità...». Tre ulteriori considerazioni sono da fare al riguardo: a) l'accertamento della capacità di intendere deve verificare la correlazione tra questa e il tipo di fatto commesso poichè l'elemento intellettuale varia a seconda dei valori racchiusi nei diversi tipi di reato⁸⁵, b) l'accertamento della capacità di volere deve tener conto che, in ragione dell'età, sarà sempre minore l'autocontrollo esercitato sulla sua volontà, c) a seguito di accertamento il minore è considerato imputabile o non imputabile e non esiste alcuna qualifica intermedia.

6.2 Ubriachezza e intossicazione da stupefacenti

La disciplina in esame, che va dall'art 91 al 95 del codice penale, è una tra quelle che risentono maggiormente dell'impronta autoritaria preventivo-repressiva del codice Rocco e, in generale, del periodo storico, in cui esso fu emanato.

Il codice prevede un trattamento differenziato a seconda della causa che ha determinato l'ubriachezza.

- a) Se deriva da un caso fortuito o forza maggiore e queste cause sono tali da far scemare la capacità di intendere e di volere la pena è diminuita.
- b) Se il soggetto si è posto in stato di ubriachezza volontariamente o per colpa l'imputabilità non è esclusa. Ciò deriva dalla inscusabilità del comportamento della persona poichè pienamente prevedibile. Il problema principale deriva dall'insanabile contrasto tra previsione normativa e dato di fatto: «l'ubriaco in realtà si trova in una condizione psicologica che non gli consente una sufficiente capacità di

⁸⁵ Concl. conf. in Cass. 18 febbraio 1988, in Cp 1989; Cass. n.192750/1993

discernimento e di controllo»⁸⁶; si tratta di una finzione di imputabilità. Al fine di armonizzare la disciplina codicistica con il dettato costituzionale sarà necessario far riferimento al momento in cui il soggetto si pone in stato di ubriachezza punendolo, se sussiste l'elemento soggettivo in previsione dell'evento, utilizzando quindi i concetti di dolo eventuale e di colpa cosciente.

- c) Se l'ubriachezza è preordinata al fine di commettere il reato o di prepararsi una scusa, l'imputabilità non è esclusa e anzi la pena è aumentata. La previsione fa riferimento al principio *actio libera in causa* di cui all'art 87 c.p. Sia l'art 92 c.p. comma 2 sia l'art 87 appena richiamato costituiscono una deroga all'art 85 c.p. sulla capacità di intendere e di volere ma non contrastano con il principio della colpevolezza. Il rimprovero si può muovere al soggetto per la presenza del necessario elemento soggettivo al momento in cui egli si pone in stato di incapacità ed è quindi pienamente consapevole della sua scelta e delle sue conseguenze.
- d) Nel caso di ubriachezza abituale, intesa come uso eccessivo di bevande alcoliche insieme al frequente stato di ubriachezza, la pena è aumentata. Le valutazioni politico-criminali legate all'ideologia dell'epoca di emanazione del codice sono tanto ovvie quanto superate. L'ubriaco abituale è considerato un soggetto vizioso e pericoloso per lo stile di vita che esso conduce e, di conseguenza, merita una pena maggiore. Tali considerazioni non hanno ragione di esistere nel contesto sociale e politico in cui ci troviamo attualmente; si ritiene quindi necessaria una modifica della norma in questione.
- e) L'unico caso, oltre all'ubriachezza accidentale, in cui il legislatore ha ritenuto opportuno escludere o diminuire l'imputabilità è quello di

⁸⁶ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.346

cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti. Tale stato sarebbe testimoniato da alterazioni patologiche permanenti assimilabili a vere e proprie malattie psichiche. Occorre rilevare come nella pratica sia difficile distinguere tra cronica intossicazione e ubriachezza abituale e la questione è aggravata dalle opposte previsioni sanzionatorie previste nelle rispettive ipotesi.

- f) Infine l'art 93 si limita a disporre l'applicazione delle regole appena esposte anche per il soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti. Anche questa previsione non è esente da critiche per la mancata considerazione di qualsivoglia differenza tra l'utilizzo di alcool e di droghe, in particolar modo, relativamente ai rispettivi effetti che determinano nella persona. Ad esempio, contrariamente a quanto si possa pensare, lo stato mentale dei soggetti alcolizzati è, molto più spesso che nei soggetti tossicomani, affetto da alterazioni psichiche vere e proprie. La scelta del codice va letta tenendo presente l'epoca nella quale è stato concepito, quando cioè la diffusione del problema delle sostanze stupefacenti era ben minore.

6.3 Sordomutismo

Questa causa si riferisce al soggetto affetto da cecità e sordità allo stesso tempo, quando le patologie escludono o facciano grandemente scemare la sua capacità di intendere e di volere. L'accertamento dell'impatto dell'infermità sulla persona deve essere accertato caso per caso e sempre rispetto al momento del fatto. La causa di esclusione presenta, come quella del minore ultraquattordicenne, una presunzione di imputabilità *juris tantum*, ma con una importante differenza, per il sordomuto si ammette anche una condizione intermedia di semi-imputabilità.

Una prima critica da muovere è che la norma parte dal presupposto che un soggetto sordomuto presenti nella maggioranza dei casi uno sviluppo deficitario delle capacità intellettive e volitive, senza operare alcun tipo di distinzione, ad esempio, tra una patologia congenita e una acquisita; di norma un soggetto che abbia acquisito la malattia in età avanzata presenterà una maggiore maturità psicologica rispetto ad un altro che l'abbia acquisita in età puberale o, a maggior ragione, di un soggetto che la possieda dalla nascita. Un ulteriore rilievo critico da muovere sta nella «etichettatura del sordomuto come soggetto normalmente incapace di intendere e di volere» la quale comporta una deresponsabilizzazione dell'intera categoria rendendo più difficile il loro corretto inserimento nella società.

6.4 Il vizio di mente

Si tratta della causa di esclusione dell'imputabilità più importante ma, allo stesso tempo più controversa. Importante per l'incidenza quantitativa e qualitativa sui casi di incapacità di intendere e di volere nella prassi giudiziaria italiana, controversa per le grandi difficoltà di accertamento non solo del nesso che lega infermità e fatto ma, prima di tutto, il concetto stesso di infermità e di metodi scientifici idonei a definirlo.

Essendo il tema centrale della trattazione, l'istituto verrà illustrato in separata sede nel successivo capitolo.

6.5 Conclusioni

L'elencazione codicistica delle cause di esclusione dell'imputabilità, alcune peraltro attraverso l'utilizzo di presunzioni, assolute o relative che siano, non sembrano lasciar dubbi al quesito sulla tassatività o meno di questa

elencazione: la disciplina dell'imputabilità viene costruita in negativo, ossia essa è sempre presente a meno che non si verifichino le ipotesi sopra descritte. «Il dilemma fra un'interpretazione "tassativizzante" ma superata dall'espressione infermità mentale ovvero una "detassativizzante" ma "ammodernatrice" dell'espressione»⁸⁷ è uno dei maggiori e persistenti dilemmi della giurisprudenza in tema di imputabilità, fin dall'affermarsi del paradigma psicologico accanto a quello medico-nosografico, momento dal quale sia il diritto che la scienza psichiatrica hanno capito di non poter considerare l'infermità mentale in un'accezione così ristretta, come il paradigma medico imponeva. Sulla scia dell'esigenza di ampliare il concetto di infermità al di fuori dei tradizionali limiti della scienza penalistica, si colloca anche la sentenza Raso delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, come vedremo nel dettaglio più avanti, opta per un'interpretazione ampliativa ed adeguatrice dell'espressione infermità, aprendo la strada ad un contesto più psicologico e meno medico o puramente organicista della malattia mentale. È per questi motivi, che cresce nella giurisprudenza il serio dubbio che la disciplina dell'imputabilità e i casi in cui essa non è presente possa fermarsi al dato positivo del codice e ai limiti, che tale impostazione restrittiva reca inevitabilmente con sé. Interpretando le norme in tema di imputabilità in base ad un criterio esclusivamente letterale si dovrebbe concludere inevitabilmente per la tassatività dell'elencazione proposta dal codice, ma non potrà, allo stesso tempo negare, la palese e grave incongruenza a cui va incontro quest'ultimo nel momento in cui elenca nello specifico i casi in cui l'imputabilità debba ritenersi esclusa subito dopo aver affermato un principio dalla portata indubbiamente generale, di cui all'art.85: senza capacità d'intendere e di volere non c'è imputabilità, senza alcuna ulteriore

⁸⁷ M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, p.212

specificazione. In questo modo, vengono a crearsi delle situazioni, basti pensare al caso della ubriachezza volontaria all'art.92, in cui c'è imputabilità senza esserci in concreto alcuna capacità d'intendere e di volere⁸⁸. Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'imputabilità e del suo fondamentale ruolo che essa ricopre come categoria dommatica del reato, presupposto e punto di riferimento della sanzione penale e di principio costituzionale, sarebbe più corretto affermare che la «tipizzazione delle cause di non imputabilità è un elenco di clausole piuttosto generiche, bisognose di eterointegrazione sul piano scientifico»⁸⁹, e rilevano solo in quanto incidano concretamente sulla capacità di intendere e di volere. Tale approdo interpretativo si deve ad un orientamento giurisprudenziale, all'interno del quale si colloca peraltro la sentenza Raso, che, seguendo la concezione psicodinamica e psicopatologica jaspersiana, sottolinea, per quanto riguarda lo specifico ambito del vizio di mente, la necessità di un accertamento concreto e al momento del fatto dello stato psichico del soggetto⁹⁰. Tale rilievo, unito alla perentorietà del principio generale dell'art 85 c.p., portano a concludere che le cause di esclusione dell'imputabilità non siano tassative. Non importa quindi per quale causa sia venuta meno la capacità di intendere e di volere, ciò determina in ogni caso assenza di imputabilità. Di conseguenza sarebbe più corretto ragionare che «di fronte alla portata generale dell'art 85, si pongono come norme eccezionali [...] non quelle che prevedono cause di esclusione dell'imputabilità in quanto rendano il soggetto incapace di intendere e di

⁸⁸ In tal senso M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.40

⁸⁹ Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006, p.252

⁹⁰ In tal senso A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., p.226

volere, ma al contario quelle che affermano l'imputabilità malgrado una capacità di intendere e di volere»⁹¹.

Sulla scia di tale apertura si pone la stessa Cassazione con la già citata sentenza Raso del 2005 che ha dato il via alla apertura del concetto di infermità, ricomprendendo in esso numerosi casi anche non propriamente patologici, prima del tutto esclusi.

7. *Actio libera in causa*

Un'ulteriore norma di cui dover tener conto per un'indagine completa della disciplina dell'imputabilità, è quella contenuta all'art.87 c.p. secondo cui, a chi si pone «in stato di incapacità di intendere e di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa», non si applica il principio generale di cui alla prima parte dell'art.85 c.p.: l'equivalenza tra imputabilità e capacità d'intendere e di volere viene meno. L'importante deroga alla regola principale in tema di imputabilità è giustificata dal fatto che il soggetto al fine di commettere il fatto o di procurarsi una scusa per il fatto, *actio*, si è posto per sua libera scelta, *libera*, nello stato di incapacità, *causa*. In altre parole «l'azione è *libera in causa* appunto perché l'agente aveva il potere di porsi o non porsi in condizione di incapacità»⁹².

La regola posta dall'art.87 c.p. originariamente elaborata sul terreno della ubriachezza è stato poi resa autonoma, determinandone l'applicazione a prescindere dal fatto che lo stato d'incapacità sia stato generato da sostanze alcoliche, stupefacenti o per altri motivi.

⁹¹ Romano,Grasso, *Commentario sistematico del codice penale art. 85-149*, cit., p.9

⁹² Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.350

Affinchè il soggetto possa rispondere del fatto nei termini indicati dalla norma, è necessario che il fatto commesso corrisponda, o sia assimilabile, al fatto come inizialmente, e lucidamente, programmato⁹³.

Ponendo però particolare attenzione al testo dell'articolo, se ne evince che la situazione presa in considerazione da quest'ultimo, non esaurisce tutte le ipotesi di *actiones liberae in causa*. La dottrina infatti, ricomprende nell'alveo della norma anche i casi in cui: a) il soggetto si sia posto in stato di incapacità solo volontariamente o al più, colposamente, b) il soggetto si sia posto in stato di totale incoscienza, prima ancora che di incapacità intellettuale e volitiva. L'*actio libera in causa*, come descritta dalla norma, presuppone «un'azione (od omissione), successiva all'incapacità procurata, ancora riferibile al soggetto come sua propria»⁹⁴, nel senso di cosciente e volontaria. Partendo da questo presupposto, possiamo affermare con certezza che, la prima ipotesi rientra appieno nell'ambito tracciato dalla norma, poiché comunque la capacità d'intendere e volere, nel momento appena antecedente a quello in cui il soggetto si rende incapace, è presente. Nella seconda ipotesi invece, più che di imputabilità, si tratta di un caso di assenza di volontà e coscienza di cui all'art. 42 c.p. secondo comma; non è quindi rilevante ai sensi della norma in questione.

Un ultimo rilievo da fare riguarda le *actiones liberae in causa* colpose. L'art.87 c.p. si riferisce specificatamente solo a quelle *actiones* dolose e con incapacità preordinata lasciando sprovviste di copertura normativa sia le ipotesi colpose che quelle dolose con incapacità solo volontaria. La norma, nel significato conferitole inizialmente, sembrava escludere, in queste ultime ipotesi, la responsabilità dell'individuo, finendo per creare un'ingiustificata disparità. Successivamente, la stessa è stata interpretata in

⁹³ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.351

⁹⁴ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, art. 85-149, cit., p.26

maniera più coerente con il principio di colpevolezza, arrivando così, non a negare la responsabilità del soggetto che abbia agito colposamente o volontariamente, ma, al di fuori dell'ipotesi che l'incapacità derivi da alcool o stupefacenti, a negare «la responsabilità dolosa per il fatto successivamente commesso, pur restando compatibile con la responsabilità colposa se della colpa sussistono gli estremi in relazione al fatto...»⁹⁵.

Naturalmente,

8. Il ruolo dell'imputabilità: cenni comparatistici

L'imputabilità e le cause che la escludono, specialmente l'infermità mentale, sono da sempre oggetto di dibattito anche al di fuori del panorama italiano. Ciò testimonia l'importanza ma anche la natura controversa del ruolo di tali istituti nella gran parte degli ordinamenti moderni. Diviene quindi utile osservare quali siano le scelte operate negli altri paesi al fine di una valutazione circa la bontà delle scelte operate dal nostro legislatore. A tal fine saranno prese in considerazione due ordinamenti molto diversi tra loro in quanto riconducibili, il primo alla tradizione giuridica della *civil law*, il secondo invece alla tradizione della *common law*.

8.1 L'esperienza spagnola

Il codice penale spagnolo presenta una disciplina dell'imputabilità davvero interessante, specialmente per la grande somiglianza con quella contenuta nella proposta di riforma del codice penale della Commissione Ministeriale presieduta dal professore Grosso. Le ragioni di tale circostanza non sono certe ma, plausibilmente, sono da ricondurre ad influenze reciproche fra gli studiosi di diritto e la vicinanza fra i due paesi.

⁹⁵ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, II, art. 85-149, cit., p.28

La normativa spagnola mantiene ferma la distinzione tra imputabile e non imputabile. L'imputabilità è definita in negativo come impossibilità di comprendere la illiceità del fatto o di agire in conformità alla sua valutazione, esattamente come prescrive l'art 94 dell'articolato finale del Progetto Grosso. Il sistema così delineato richiede un giudizio valutativo che, per i giudici spagnoli presenta notevoli difficoltà le quali «non risiedono nella definizione dell'imputabilità bensì nel problema legato alla capacità di intendere del soggetto e alla comprensione che questo ha dell'illiceità del suo agire»⁹⁶. Il precedente codice si limitava a stabilire che l'imputabilità è la capacità di intendere e di volere e il giudice si affidava interamente all'esperto senza aggiungere una valutazione propria.

L'elemento intellettuale e l'elemento volitivo richiesti sono da considerare come alternativi; non è raro infatti che un soggetto comprenda il significato delle sue azioni ma non possa fare niente per frenare i suoi impulsi.

Anche le cause di esclusione dell'imputabilità sono simili, ad esempio quella relativa all'ubriachezza, ma con delle aggiunte del tutto particolari.

a) La prima riguarda la previsione, tra le varie cause, della sindrome di astinenza; questa sembrerebbe rientrare nel concetto di actio libera in causa ma così non è. Infatti «non si può affermare che una persona strumentalizza se stessa per entrare in sindrome da astinenza, né addebitare un rimprovero a titolo di colpa [...] altrimenti l'ordinamento giuridico istigherebbe [...] a continuare a utilizzare certe sostanze per non cadere in tale situazione»⁹⁷. Inoltre si può parlare di actio libera in causa solo di fronte a situazioni transitorie che presuppongano un

⁹⁶ Fermin Morales Prats, *Imputabilità e misure di sicurezza nel nuovo codice penale spagnolo*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), 2002, p.138

⁹⁷ Fermin Morales Prats, *Imputabilità e misure di sicurezza nel nuovo codice penale spagnolo*, cit., p.140

momento iniziale di lucidità mentre l'astinenza ha il carattere della permanenza.

- b) Una causa di esclusione specifica dell'ordinamento spagnolo è costituita dall'alterazione della percezione che produce l'effetto di alterare gravemente la coscienza della realtà. Tale causa rassomiglia a quella del sordomutismo all'art 96 c.p. ma il concetto risulta più ampio ricomprendendovi chiunque abbia un'incapacità di connessione socio-culturale con la realtà, intesa nel senso giuridico-penale.

Occorre segnalare una disciplina dell'actio libera in causa costruita in maniera più superficiale rispetto a quella italiana poiché non menziona il titolo di responsabilità che sarà ascritto al soggetto, dividendo la dottrina tra coloro che applicano sempre la responsabilità dolosa e coloro che operano una distinzione facendo riferimento al momento appena antecedente lo stato di incapacità.

L'imputabilità è inoltre suscettibile di graduazione tra imputabilità sminuita, semi imputabilità e un'imputabilità che non arriva ad essere considerata come semi imputabilità e che costituisce una semplice circostanza attenuante.

8.2 L'esperienza della common law

Sia in Inghilterra che in Irlanda si sono succeduti diversi orientamenti nell'individuazione e normazione dell'imputabilità e della capacità fisica e mentale di un soggetto.

Fino al 1800 il criterio applicato era quello della "bestia selvaggia": per definire inimputabile una persona questa doveva essere equiparata nel comportamento ad una bestia selvaggia, ossia incapace di distinguere il bene dal male in generale. Da questo si passò a ritenere rilevante la possibilità di distinguere tra bene e male avendo riguardo alle azioni in

concreto del reo. Entrambi criteri hanno registrato applicazioni ondivaghe e hanno destato preoccupazione per le esigenze generalpreventive della pena, onde per cui la *House of Lord* ha legiferato sull'argomento creando le *M'naghten Rules*. Le regole in questione sono essenzialmente due: a) il soggetto va ritenuto sano di mente e responsabile delle sue azioni fino a prova contraria, b) per invocare la *defense of insanity* il soggetto deve provare che, nel momento di commissione del fatto egli presentava un difetto di ragione dovuto ad una malattia tale da escludere la capacità di comprendere la natura e la qualità del proprio atto.

Come è comune negli ordinamenti di common law, l'applicazione pratica di queste Rules è stata lasciata alla totale discrezionalità dei giudici. L'inquadramento della "comprensione della natura e della qualità dell'atto" poggia sul carattere fisico dell'atto escludendo quindi la rilevanza delle motivazioni che spingono il soggetto ad agire o anche la comprensione delle conseguenze del proprio gesto. Tale criterio ha subito diverse oscillazioni applicative in giurisprudenza, venendo applicato a volte restrittivamente a volte estensivamente. Quest'ultimo è il caso in cui l'imputato venga assolto se egli non abbia compreso che le sue azioni erano sbagliate; una tale interpretazione veniva utilizzata specialmente dalle Corti canadesi e australiane. Le Corti statunitensi elaborano anche un ulteriore criterio: quello dell'impulso irresistibile, un criterio forse eccessivamente aperto che rischia di portare ad assoluzioni ingiustificate. I criteri delle *M'naghten Rules* sono stati poi codificati nel *Model Penal Code* elaborato dall'*American Law Institute* del 1962 e nello *USA Code*, nella sezione dedicata alla *defense of insanity*.

Per evitare interpretazioni particolarmente elastiche o l'aggiunta di criteri discutibili si deve partire dal dato principale, «che il vizio di mente appartiene ad una mancanza di ragionare, dunque bisognerebbe affrontare

questo concetto fondamentale invece di creare finzioni che provocano solo confusione»⁹⁸.

Questa breve analisi comparatistica dimostra come anche altri ordinamenti affidino un ruolo preminente all'imputabilità e al suo accertamento e, per quanto riguarda l'individuazione del disturbo o in generale della causa che determina l'incapacità del soggetto, si registrano tentativi di elaborazione, specialmente da parte della giurisprudenza, di criteri sempre più elastici ed aperti al fine di poter assolvere il soggetto in situazioni prima aprioristicamente escluse.

⁹⁸ Finnbar Mc Auley, *L'imputabilità e le misure di sicurezza nella common law*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.135

Capitolo II

Il vizio di mente

1. La non imputabilità per vizio di mente: cenni storici

Il principio portante della materia dell'imputabilità secondo cui «la sola esecuzione materiale del fatto non possa ritenersi sufficiente per dichiarare l'autore medesimo colpevole di un reato ed assoggettarlo alla sanzione penale corrispondente»¹ viene espressamente riconosciuto, per la prima volta nel 1887, all'interno del progetto Zanardelli di un nuovo codice penale per l'Italia unita. Il progetto, come anche il codice che vi seguì, scelse l'elemento della volontarietà del fatto come requisito indispensabile al fine di poter considerare un soggetto come imputabile. Già all'epoca era unanimamente riconosciuta la possibilità che le azioni umane potessero difettare, per svariate ragioni, di tale volontarietà e quindi la Commissione incaricata del progetto avvertì la necessità di stabilire, con precisione, come e quando potesse risultare esclusa o diminuita l'imputabilità in un soggetto. È specialmente «nel terreno dell'irresponsabilità per alterazione di mente che il progetto Zanardelli offre le innovazioni più importanti»². Questa causa di esclusione si presentava, indubbiamente, come la più problematica, specialmente per quanto riguarda la sua traduzione in dato normativo; «nella legislazione succede, spesso, quel che avviene nella vita: quando si vuol dire troppo, [...] si finisce col non dire nulla. Ciò che sia un pazzo lo sappiamo tutti, ma, forse, non lo sapremo più quando cercheremo nella formula del legislatore»³.

¹ *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto del codice penale*, LXIV

² Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 363

³ Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino 1896, p. 79

L'art. 46 del codice entrato in vigore nel 1889 prevedeva che «l'uomo è irresponsabile quando qualunque infermità, cioè qualunque causa morbosa, che attacchi la psiche, produca o la mancanza di coscienza o la mancanza di libertà degli atti»⁴. Tale previsione presenta dei palesi punti di contatto con il dato normativo odierno. La coscienza e la libertà degli atti, infatti, non sono altro che, rispettivamente, la capacità di intendere e la capacità di volere, gli attuali requisiti affinché sussista l'imputabilità di un individuo. I redattori del codice Zanardelli preferirono un approccio analitico nella definizione di infermità idonea a rendere un soggetto irresponsabile di modo da garantire un'applicazione delle norme più certa e da poter meglio delimitare gli spazi applicativi della disciplina del vizio di mente. Nello specifico furono, inizialmente, prese in considerazione le nozioni di «stato di deficienza» o «morbosa alterazione di mente» per poi adottare quella più sintetica di «infermità mentale»; quest'ultima fu la formula caldeggiata dalla Commissione del Senato la quale, però, incontrò le critiche dello stesso Zanardelli. Il Guardasigilli non mancò di esprimere le sue perplessità circa l'idoneità di tale formula a ricomprendere alcune controverse patologie come, ad esempio, il sonnambulismo.

Nel 1930 vide la luce il nuovo codice penale, attualmente in vigore. Il codice Rocco, dal nome dell'allora Ministro della giustizia, portò una ventata di rigore in ognuna delle novità e modifiche introdotte, specialmente in tema di cause dirimenti l'imputabilità e di trattamento del reo inimputabile. Nonostante questo rimase fedele al concetto di infermità introdotto dal precedente codice ma, questa volta, ricomprendeva anche quella di tipo fisico. Un'altro punto di continuità con il passato è rappresentato dall'adozione di un giudizio di imputabilità di tipo misto. L'art. 88 c.p., per poter operare, richiede infatti, non solo l'esistenza di

⁴ Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, cit., p.92

un'infermità in capo all'individuo ma anche che questa abbia inciso concretamente sulla sua capacità di intendere e di volere.

Comune alle due codificazioni è, tuttavia, soprattutto l'incertezza sul reale significato da attribuire al concetto di infermità. Il problema assume un rilievo di primo piano specialmente se si considera il ruolo principale, per non dire esclusivo, che riveste nella sempre più lamentata crisi del concetto di imputabilità.

2. Il concetto di normalità

Prima di procedere con l'analisi dettagliata del concetto di infermità e dei cambiamenti che esso ha subito col passare del tempo, risulta interessante prendere in considerazione, seppur brevemente, il suo esatto opposto: la normalità, il cui significato, molto spesso, viene dato per scontato.

Cosa si debba realmente intendere con il termine normalità, è un quesito a cui sia la psichiatria che la psicologia non hanno ancora saputo dare una risposta univoca. Gli psichiatri, a stretto contatto con i malati, si sono sempre occupati delle problematiche relative alla diagnosi, al decorso della patologia, al trattamento del malato, mentre gli psicologi invece hanno mostrato maggiore interesse per i dibattiti di stampo puramente filosofico sulla libertà e la natura umana. Nessuna delle due categorie ha mai mostrato particolare interesse per lo sviluppo dell'uomo "normale", inteso come sinonimo di comune, ordinario e quindi privo di interesse. L'estrema difficoltà nell'attribuire al concetto di normalità, più che a quello di malattia, un significato e una portata ben definiti è dovuto anche al fatto che, nella maggioranza dei casi, la linea di demarcazione tra i due ambiti è individuata attraverso un giudizio di valore che tiene conto delle

caratteristiche sociali e culturali di una specifica società in uno specifico arco temporale⁵.

Gli studiosi della materia, tra cui ricordiamo gli psichiatri *Offer* e *Sabshin*, ideatori di un'apposita disciplina in campo psichiatrico, la normatologia⁶, hanno elaborato diversi paradigmi attraverso i quali definire la normalità di un individuo: ognuno di questi tentativi presenta però dei limiti strettamente connessi alla chiave di lettura prescelta piuttosto settoriale.

Il primo è quello della normalità in senso biologico, che ha riguardo del solo corretto funzionamento dei sistemi e degli organi che assicurano l'equilibrio dell'organismo. Tale criterio, pur permettendo una delimitazione del concetto chiara e precisa, grazie all'utilizzo di riferimenti clinici e biologici, presenta il difetto di non tener conto di patologie non direttamente collegabili ad alterazioni dell'organismo.

All'opposto, la normalità può essere concepita come un insieme armonioso e ottimale dei diversi elementi dell'apparato mentale, che culmina in un funzionamento ottimale. Una tale definizione emerge chiaramente quando psichiatri o psicanalisti parlano della persona ideale o quando discutono dei criteri che utilizzano per approntare un trattamento efficace e degli obiettivi della terapia.

In un'accezione soggettiva invece l'etichetta di normalità non viene attribuita da terzi ma dallo stesso soggetto che si sente normale. È la personale consapevolezza di sé a rilevare in questo caso, anche se fra i sintomi più comuni della malattia mentale vi è proprio quello della non consapevolezza della propria condizione, come accade, ad esempio, nel disturbo di tipo paranoideo.

⁵ G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2006, p. 165

⁶ Si veda Offer, Sabshin, *Normality: theoretical and clinical concept of mental health*, 1974

La normalità può essere intesa anche in senso statistico, ossia facendo riferimento al livello medio di funzionamento delle capacità intellettive e volitive dell'individuo rappresentato da una curva il cui centro viene inteso come norma. Così facendo però, vengono esclusi gli individui che si collocano agli estremi di tale curva, sia che presentino uno sviluppo intellettuale deficitario sia che presentino uno sviluppo intellettuale eccezionale⁷.

Questi sono solo alcuni fra gli innumerevoli approcci presenti nella letteratura di settore, segno della grande incertezza nel concordare su una definizione comune. In conclusione, la condizione di normalità del soggetto, viene ad essere definita in negativo come assenza di patologia o più in generale di disturbi mentali devianti.

3. L'evoluzione del concetto di infermità nel diritto penale

Partendo dal dato normativo, la disciplina del vizio di mente è contenuta all'interno degli artt. 88 e 89 del codice penale, rispettivamente nella sua forma totale e parziale. L'art 88 c.p. recita: «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere». La disposizione ruota attorno al concetto di infermità; il termine però rimane privo di qualsiasi specificazione da parte del legislatore circa il reale significato da attribuirvi. È questo il principale nodo da sciogliere se si vuole conferire alla norma una reale valenza pratica, infatti, «preliminare alla valutazione del grado di incidenza della malattia mentale sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente è l'individuazione dei disturbi potenzialmente

⁷ G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, cit., p.167 ss.

idonei ad esplicitare l'incidenza medesima»⁸. È proprio questo l'aspetto problematico della questione visto che non è, a tutt'oggi, possibile dare una definizione chiara e univoca del concetto di infermità penalmente rilevante. Il diritto in questo più che in ogni altro campo ha bisogno dell'apporto delle scienze sociali, in particolar modo della psichiatria e della psicologia; ed è qui che si incontra un ulteriore problema. Gli esperti ammettono che «l'approccio psicologico ad un qualsiasi argomento, e dunque anche a quello dell'imputabilità, comporta la possibilità di scelta tra diverse interpretazioni, spesso antitetiche l'una alle altre, tanto che talvolta si dice che anziché parlare di psicologia bisogna parlare di psicologie [...] manca cioè allo stato attuale uno schema di riferimento che tutti giudici possono avere presente mentre svolgono il delicato compito di stabilire l'esistenza o meno di quella capacità di intendere e di volere che richiesta dall'articolo 85 del codice penale per l'esistenza dell'imputabilità»⁹. Già *Focault* in una sua opera¹⁰, ha trattato l'argomento dimostrando come l'utilizzo di differenti criteri o il sostenere un determinato orientamento in questo campo, può condurre ai risultati più disparati. Il pluralismo interpretativo che si registra in materia, si evince soprattutto dai numerosi contributi dei diversi studiosi che si sono cimentati nell'ardito compito di spiegare, ognuno di essi secondo una personale prospettiva, il reale contenuto del concetto d'infermità. Ugo Fornari¹¹ afferma che la vera infermità è quella che scaturisce da una reazione anormale causata a sua volta dal venir meno degli istinti fondamentali dell'individuo in maniera improvvisa, e quindi in

⁸ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, p.42

⁹ Gullotta, *La questione dell'imputabilità*, in Gullotta (a cura di) *Trattato di psicologia giudiziaria*, Milano, 1987, pp.75, 79

¹⁰ M. Foucault, *Io, Pierre Riviere, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, 1976

¹¹ U. Fornari, *Psicopatologia e psichiatria forense*, Torino, 1990

stridente contrasto con il suo precedente stile di vita. Giuliano Ponti¹² pur affermando, come Fornari, che l'infermità rilevante sia quella che scaturisce da un fenomeno patologico della psiche, ritiene che, in presenza di particolari reati, come quelli sessuali, debbano entrare in gioco anche altre valutazioni come la necessità sociale che il soggetto tenga a freno, in ogni caso, i propri istinti.

La scelta a favore di un criterio piuttosto che un'altra non può essere lasciata nelle mani del legislatore poiché il rischio che la stessa venga influenzata da considerazioni politico-criminali di natura ideologica o simbolica piuttosto che da considerazioni di stampo scientifico è davvero alto: una tale scelta si rivelerebbe senza dubbio ineffettiva, soprattutto di fronte all'avanzare incessante del sapere medico e psichiatrico. Di conseguenza, ai fini della scelta, sembra più opportuno considerare il panorama psichiatrico-forense, ove sono di fatto individuabili diversi "paradigmi" da intendere come «risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore»¹³, a volte diametralmente opposti, del concetto di "malattia mentale" il quale costituisce la base scientifica di riferimento per la nozione di infermità fatta proprio dai giuristi in campo penale. Le oscillazioni della comunità scientifica hanno di conseguenza condizionato fortemente gli sviluppi della giurisprudenza che, in tale materia, si trova in grande disagio. Occorre quindi tracciare un quadro quanto più completo dei paradigmi affermatosi nella comunità scientifica in ordine cronologico di modo da

¹² G. Ponti, *Compendio di criminologia*, Milano, 1990

Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1979, p.29

Secondo Kuhn affinché i risultati possano costituire un paradigma occorre che:

- 1) siano «sufficientemente nuovi per attrarre uno stabile gruppo di seguaci, distogliendoli da forme di attività scientifica contrastanti con essi...»
- 2) siano «sufficientemente aperti da lasciare al gruppo di scienziati costituitosi su queste nuove¹³basi la possibilità di risolvere problemi di ogni genere».

poter meglio comprendere le ragioni e le possibili soluzioni della crisi che il concetto giuridico dell' imputabilità sta vivendo ancora oggi.

3.1 Paradigma medico- nosografico

Il paradigma medico o, anche detto, biologico-organicista nasce alla fine del Secolo XVIII e si sviluppa grazie agli studi di psichiatria e medicina di Esquirol, Chiarugi e Pinel. Per la prima volta la considerazione e l'indagine della malattia mentale assunsero una veste scientifica abbandonando la sfera religiosa o esoterica alle quali era da sempre confinata. Questo importante cambiamento avvenne sotto la spinta della rivoluzione illuministica che dall'inizio del medesimo secolo aveva coinvolto non solo le diverse scienze ma *in primis* il modo stesso di pensare e ragionare. L'Illumismo portò alla nascita degli stati nazionali e all'affermarsi, al loro interno, delle esigenze della nuova classe dominante: la borghesia. La concezione che la maggioranza della popolazione aveva all'epoca della figura del "folle" interpretava «ogni forma di devianza come un pericolo dal quale difendersi»¹⁴ e, di conseguenza, si riteneva necessario utilizzare nei suoi confronti misure tendenti più ad isolarlo che a curarlo. Nello specifico «la malattia mentale viene definita come una malattia fisica del sistema nervoso centrale»¹⁵. Il paradigma medico richiede quindi che «l'infermità mentale deve sempre dipendere da una causa patologica. Pertanto non integrano detta infermità quelle anomalie caratteriali o altre anormalità che [...] non siano conseguenti ad uno stato patologico suscettibile di alterare la capacità di intendere e di volere...»¹⁶.

¹⁴ Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.44

¹⁵ Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità, in Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p.237

¹⁶ Cass., Sez. I, 7 maggio 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, p.333

Il paradigma medico non presenta, tuttavia, un profilo unitario poiché al suo interno sono riscontrabili ben tre diversi orientamenti.

Secondo il primo di questi orientamenti, la malattia mentale deve essere originata necessariamente da una causa biologica ovvero organica. Su questa scia si collocano numerose pronunce della Suprema Corte, e in particolare una secondo la quale «l'infermità deve dipendere sempre da una causa patologica tale da alterare i processi della intelligenza o della volontà [...]. In tale nozione pertanto non possono comprendersi non solo tutte le anomalie della personalità o del carattere o del sentimento, ma anche le neuropsicosi o psiconevrosi che sono malattie del sistema nervoso e non hanno basi anatomiche [...] vale a dire privi di substrato organico e senza lesioni di organi»¹⁷.

Il secondo orientamento si concentra, invece, più che sulla indispensabile presenza di un substrato organico, sulla appartenenza della patologia ad una classificazione medica e psichiatrica precedentemente costituitasi e consolidatisi nella comunità scientifica. Questo orientamento, introdotto per la prima volta da Kraepelin in psichiatria viene definito “nosografico”, ad indicare un prestabilito schema classificatorio di riferimento. La classificazione del celebre psichiatra e psicologo tedesco, pur mantenendo alla base l'orientamento medico classico, ritiene rilevanti anche i disturbi psichici, poiché ricompresi in «quadri morbosi che hanno le stesse cause, le stesse forme psicologiche fondamentali, lo stesso sviluppo e decorso, lo stesso esito e lo stesso reparto cerebrale...»¹⁸. In altre parole per poter affermare la presenza del vizio di mente occorre che si tratti di «un'alterazione morboso comunque classificabile in campo psichiatrico»¹⁹.

¹⁷ Cass. 23 ottobre 1978, in *Giust. pen.*, 1979, II, p.406;

¹⁸ Jaspers, *Psicopatologia generale*, 1964, p.606

¹⁹ Cass. 30 aprile 1975, in *Riv. pen.*, 1975, p. 1092

In questo modo rimangono esclusi tutti quei disturbi che la psichiatria non riconosce come , ad esempio, le nevrosi o le psicopatie.

Il terzo e ultimo orientamento è quello introdotto dall'altrettanto celebre psichiatra Jaspers che piuttosto che concentrarsi solo sulle mere categorie, «pone l'accento sulla peculiarità del vissuto di ciascun paziente»²⁰. È meglio concentrarsi solo sulla presenza di un processo morboso a prescindere dalla natura anatomica dello stesso, dunque un semplice perturbamento psichico non basta. In questo senso si può ricordare, una per tutte, la pronuncia della Cassazione che affermava «la capacità di intendere e di volere deve essere profondamente viziata da un'infermità mentale [...] la quale deve dipendere da un'alterazione patologica insediatasi stabilmente nel soggetto. Pertanto, solo l'infermità mentale avente una radice patologica e fondata su causa morbosa può far escludere o ridurre [...] la imputabilità»²¹. Un punto problematico quanto interessante è rappresentato dall'esistenza di alcuni disturbi al confine con la patologia: le psicosi. Alcune di queste hanno cause strettamente morboso, così da poter rientrare nel concetto di infermità mentale e altre invece sono causate da pseudomalattie o, per meglio dire, malattie di origini non note come la schizofrenia, alterazione della persona di variabile intensità.

A partire dagli anni '60, la monolitica figura della malattia psichica, proposta dal paradigma medico, si frantuma sotto l'incendio dei nuovi orientamenti alla ribalta nel panorama psichiatrico, contrassegnato in quegli anni da uno sviluppo radicale e senza precedenti. Inoltre, «la utilizzazione di una rigida nosografia psichiatrica, oltre a risultare molto lontana dai moderni sviluppi del pensiero psichiatrico, rende spesso problematico l'accordo diagnostico dei clinici, con la conseguenza di incertezze e di

²⁰ Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p.240

²¹ Cass., Sez V, 16 luglio 1981, in *Giust. pen.*, 1982, II, p.333

strumentalizzazioni scarsamente verificabili da parte del giudice»²², spingendo la psichiatria ma anche la giurisprudenza a cercare un nuovo criterio di riferimento.

3.2 Il paradigma psicologico

Intorno al 1900 si è affermato un orientamento più dinamico e attento a dare «massima valorizzazione ai fattori interpersonali, più che a quelli biologici». L'essere umano avrebbe alle sue spalle «l'esistenza di una vita psichica inconscia, in cui si formano le tendenze istintivo-emotive»²³. Il pilastro portante è la psicoanalisi freudiana che definisce i disturbi psicopatologici come «disarmonie dell'apparato psichico, in cui le fantasie inconscie raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa per il soggetto più significativa della realtà esterna. Quando questa realtà inconscia prevale sul mondo reale si manifesta la "malattia mentale"»²⁴. La natura dinamica del paradigma deriva dalla coesistenza e dallo scontro di queste due realtà. Secondo quest'ottica è fondamentale non mortificare la figura del malato, in quanto persona, con la riduttiva etichetta di imputabile o non imputabile, ma, una volta indagato a tutto tondo il disturbo di cui soffre, aiutarlo a prendere consapevolezza della sua condizione e del percorso terapeutico che lo attende per uscire da tale condizione²⁵.

Le classificazioni non possiedono più un vero rilievo giuridico, e lasciano il passo ad un accertamento del perito, da effettuare caso per caso, di una

²² T. Bandini, B. Gualco, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.21

²³ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.48

²⁴ M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p.243

²⁵ T. Bandini, B. Gualco, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, cit., p.22

infermità, concetto di «contenuto più ampio rispetto alla malattia mentale»²⁶.

Secondo il diritto «l'infermità» degli artt. 88 e 89 c.p. è comprensiva sia di cause psichiche che di cause fisiche, anche transitorie «purché concretamente incidente sulla capacità di intendere o di volere del soggetto, sì che qualsiasi situazione morbosa, anche se non ben definibile clinicamente, è idonea a configurare il vizio di mente»²⁷ Un esempio indicativo quanto interessante è costituito da una pronuncia della Cassazione che indicava come infermità rilevante e come movente dell'azione criminosa il “complesso di Edipo”²⁸. Era naturale che dubbi circa l'ampiezza e i requisiti della malattia mentale insiti nel paradigma psicologico ne determinassero la frammentazione in diversi altri sotto-orientamenti ispiratisi ad altre celebri figure della scienza psichiatrica come Jung o Adler, ognuno alla ricerca di una propria dimensione e di una propria credibilità in seno alla comunità scientifica.

I vantaggi e il contributo significativo di tale concezione della malattia è, tuttavia innegabile. I preconcetti riguardanti l'esclusione o l'inclusione di un determinato disturbo nel novero delle malattie mentali non esistono più poiché diventa necessario avere riguardo quasi esclusivamente della situazione concreta che vive l'individuo. Disturbi psichici come le nevrosi, identificabili come meri disturbi della personalità, non sono più aprioristicamente esclusi ma ne viene valutata l'incidenza concreta sulla capacità di intendere e di volere. Una menzione particolare meritano le

²⁶ Corte Cost. 27 settembre 1972, in *Monit. trib.*, 1974, p.410

²⁷ Cass., Sez. I, 26 novembre 1986, n.866, in *Cass. pen.*, 1990, p.1039

²⁸ In questo senso Cass., 15 maggio 1975, in *Riv. pen.*, 1976, p.492

psicopatie, «stili di vita caratterizzati da modalità di risposta abnormi agli stimoli ambientali»²⁹.

Le pronunce giurisprudenziali sulla materia sono quanto mai varie. In un primo tempo le si riteneva completamente irrilevanti ai fini dell'infermità poichè sembravano interessare solo la sfera affettiva, senza alcun pregiudizio per quella intellettuale o volitiva.

Successivamente se ne fece dipendere la rilevanza penale da un indice di "gravità". Secondo la Cassazione «i soggetti con personalità psicopatica, pur non potendo essere perciò solo ritenuti infermi di mente, possono essere qualificati tali, allorché la gravità della psicopatia determini un vero e proprio stato patologico ingenerante uno squilibrio mentale incidente sulla capacità di intendere e di volere»³⁰. In questo modo l'affettività viene ricompresa nella sfera rilevante della psiche umana e quindi una sua alterazione può incidere sullo stato mentale del soggetto.

Un ulteriore indirizzo ritiene che «se certe psicopatie non sono di per sé stesse indicative di uno stato patologico esse tuttavia possono avere influenza sull'imputabilità allorché sulle anomalie del carattere e dell'affettività si innesti o si sovrapponga uno stato patologico che, pur se inerente alla qualità e alla gravità della stessa psicopatia, alteri la capacità di intendere e di volere. La difficoltà di «valutare certe deviazioni psicopatiche nella loro esatta portata, poi, impone [...] di tener presente l'effettivo rapporto esistente tra il tipo di abnormità riscontrata ed il determinismo dell'azione delittuosa commessa...»³¹. Al fenomeno psicopatico dovrà accompagnarsi un fenomeno patologico, con un palese richiamo del paradigma medico.

²⁹ Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.52

³⁰ Cass. Sez. II, 21 maggio 1981, n.387 in *Giust. pen.*, 1982, p.333

³¹ Cass. Sez. I, 2 luglio 1990, in *Giust. pen.*, 1991, p.301

3.3 Il paradigma sociologico

La frammentazione del paradigma psicologico portò numerosi e interessanti contributi allo studio della malattia mentale, quello adleriano fu uno dei più innovativi. Secondo Adler il comportamento dell'uomo è influenzato prevalentemente da stimoli provenienti dalla società in cui vive piuttosto che da quelli prettamente individuali e lo spinge a porsi costantemente a confronto con gli altri; il conflitto nei rapporti sociali sostituirebbe il conflitto tra le forze della concezione freudiana.

Il paradigma sociologico raggiunge una più convincente teorizzazione con Fromm, psicoanalista e sociologo tedesco, il quale individua l'origine del conflitto umano nella «contraddittoria natura di animale individuale, che lo spinge all'isolamento, e di essere sociale, che, al contrario, lo porta ad associarsi con gli altri»³².

L'implicazione pratica sottesa a tale paradigma sta nel negare valore e veridicità al concetto di malattia mentale, finora al centro degli studi della scienza; «gli psichiatri non si occupano di malattie mentali e del loro trattamento, ma nella prassi effettiva hanno a che fare con difficoltà di carattere personale, sociale ed etico...»³³.

L'indirizzo in questione non ha avuto successo all'interno nel panorama giurisprudenziale a causa dell'eccessiva estensione della sfera della non imputabilità e, di conseguenza, della considerazione di qualsiasi influsso sociale deviante come idoneo a determinare l'incapacità di intendere e di volere, che l'accoglimento dell'indirizzo in esame avrebbe comportato.

³² Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.58

³³ Szas, *Il mito della malattia mentale*, 1966, p.116

Nonostante tutto, è proprio con l'abbandono del riferimento della malattia mentale che il ruolo dell'infermo è stato riconsiderato, diventando soggetto di diritto a tutti gli effetti al pari del soggetto imputabile.

3.4 Paradigma bio-psico-sociale

Di fronte a questa pluralità di orientamenti parimenti validi solo relativamente a determinati aspetti, era naturale che la scienza psichiatrica prima e quella giuridica dopo, cercassero una spiegazione della malattia mentale che presentasse al suo interno tutti gli aspetti più condivisi dei paradigmi affermatasi nel corso del tempo. Si parla a questo proposito di un paradigma bio-psico-sociale o misto. La motivazione principale alla base di tale scelta va indentificata nella presa di coscienza circa la multifattorialità dei disturbi psichici, sia per quanto riguarda la genesi che il decorso. L'utilizzo di un paradigma che non si limiti ad una sola angolazione nell'indagine della malattia mentale può solo risultare utile, almeno in teoria. È naturale che ampliare la portata del concetto di infermità a tal punto da ricomprendere nel novero delle malattie più stati mentali di quanto fosse possibile in precedenza comporta il pericolo della «psichiatrizzazione di ogni comportamento criminale», un pericolo reso più grave dalla constatazione che quasi ogni criminale presenta delle disarmonie, anche lievi, a livello psichico³⁴. Un'ulteriore conseguenza negativa è la maggiore incertezza del giudice circa i requisiti penalmente rilevanti di cui deve tener conto, e che potrebbero variare con facilità rispetto alle valutazioni del singolo esperto chiamato a pronunciarsi sul soggetto.

A fronte del carattere “aperto” di tale criterio rimane comunque dubbio il potervi ricomprendere anche alcuni disturbi psichici che si collocano al

³⁴ R. Catanesi, *Qualche riflessione su “infermità” e “capacità di intendere e volere”*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.44

limite del concetto di malattia mentale, principalmente per la loro natura transitoria. Parte della scienza psichiatrica si è da lungo tempo dimostrata favorevole a tale ricomprensione poiché riconduce il concetto di malattia mentale «a qualsiasi stato di deviazione delle caratteristiche psicologiche medie che, insorgendo più o meno criticamente da una condizione precedente di relativo benessere, [...] rappresenti un episodio, nettamente individuabile nella biografia psicologica dell'individuo»³⁵. In questa definizione rientrano tutti i disturbi legati ad una evoluzione temporale, anche molto breve. Questo è il caso delle reazioni abnormi che, secondo le definizioni dello psichiatra tedesco Schneider, sono delle anomalie «episodiche e inabituali» consistenti in una sproporzione di risposta personale rispetto agli stimoli esterni; a loro volta «le reazioni abnormi vengono solitamente distinte in reazioni nevrotiche, che si traducono in sofferenza personale del soggetto, e reazioni psicopatiche, che provocano sofferenza per gli altri»³⁶, dando vita, rispettivamente, a fenomeni di autoaggressività ed eteroaggressività.

Il concetto di transitorietà dei disturbi in questione pone di per sé un problema di contenuto poiché interpretandolo secondo il significato che gli è proprio in base al linguaggio comune, costituirebbe un contenitore pressoché sconfinato per qualsiasi tipo di alterazione della psiche. La rilevanza di tali stati transitori è quindi legata all'accertamento concreto dell'incidenza dei medesimi sullo stato di coscienza della persona, e alla possibilità di provare questa incidenza su base scientifico. Infatti come spiega Ponti, «solo se può provarsi che la coscienza è stata

³⁵ Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.73

³⁶ Di Tullio, *Sulle reazioni abnormi e sugli sviluppi psicopatici di maggiore interesse nel campo criminologico*, in Sc. pos., 1959, p.90

momentaneamente alterata, potrà ritenersi compromessa per causa morbosa la capacità di intendere e di volere»³⁷.

L'accertamento concreto diventa un momento imprescindibile del giudizio di imputabilità, ormai liberatosi dalla necessità di inquadrare la malattia secondo il riduttivo metodo delle etichette nosografiche; «se fosse sufficiente incasellare, tutti gli autori di reato avrebbero diritto al riconoscimento di un vizio di mente, perché uno psichiatra non ha difficoltà alcuna ad etichettare: semmai ha problemi se deve frenare il suo furore classificatorio»³⁸.

4. La nuova dimensione dei disturbi mentali

I recenti orientamenti affermatosi nella psichiatria rifiutano ormai «sia ogni approccio fondato sul “riduzionismo biologico”, secondo il quale la sola spiegazione reale, scientifica della malattia mentale è quella fondata sul paradigma neurobiologico, sia ogni prospettiva unimodale, optando viceversa per un pluralismo esplicativo capace di integrare per ogni singolo problema affrontato diversi livelli di analisi»³⁹. In altre parole, la consapevolezza circa la multifattorialità della malattia ha portato ad una concezione della medesima come entità complessa di cui poche certezze si hanno, specialmente per quanto attiene all'eziopatogenesi.

Gli stessi termini di malattia e di infermità sono stati posti in dubbio per la loro inadeguatezza ad esprimere il concetto di un fenomeno visto come «condizione sistemica nella quale concorrono il patrimonio genetico, la costituzione, le vicende di vita, le esperienze maturate, [...] il tipo di

³⁷ Ponti, *La perizia sull'imputabilità*, in Gulotta (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria*, cit., p.652

³⁸ Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, p.122

³⁹ Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.259

ambiente, l'individuale diversa plasticità dell'encefalo, la peculiare modalità di reagire, di opporsi, di difendersi»⁴⁰.

La scienza psichiatrica preferisce parlare, più propriamente, di disturbo mentale inteso, secondo il DSM⁴¹, come «una sindrome un modello comportamentale o psicologico clinicamente significativo, che si presenta in un individuo associato a disagio, a disabilità, ad un aumento significativo del rischio di morte, di dolore o di disabilità. Qualunque sia la causa, esso deve essere al momento considerato la manifestazione di una disfunzione comportamentale, psicologica o biologica dell'individuo»⁴².

La maggiore ampiezza che l'infermità assume nell'ottica della multifattorialità causale della medesima è temperata dalla giurisprudenza attraverso l'utilizzo dei criteri del valore di malattia e dell'intensità o della patologicità del disturbo, che il giudice deve seguire nella esatta delimitazione dei disturbi penalmente rilevanti. Tali criteri appaiono però inidonei ad assicurare un accertamento dell'effettiva incidenza del disturbo nel caso specifico in quanto sono «fondati su di una valutazione in astratto della potenziale rilevanza del disturbo psichico ai fini di cui agli artt. 88 e 89 c.p.»⁴³. Il criterio che sembra rispondere appieno all'esigenza di un accertamento quanto più individualizzato della capacità d'intendere e di volere è il criterio del nesso eziologico, la cui validità troverà conferma, o meglio consacrazione, nella pronuncia della Corte di Cassazione del 2005 che andremo ad analizzare tra poco.

All'interno delle categorie prospettate dal manuale di cui sopra, una davvero vasta e peculiare è quella dei “disturbi della personalità”. La

⁴⁰ Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, cit., p.260

⁴¹ Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali

⁴² DSM-IV-TR, p.9

⁴³ In tal senso A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., p.227

caratteristica comune di tali disturbi secondo la scienza psichiatrica «è un modello costante di esperienza interiore di comportamento che devia marcatamente rispetto alle aspettative della cultura dell'individuo e si manifesta in almeno due delle seguenti aree: cognitività, affettività, funzionamento interpersonale o controllo degli impulsi»⁴⁴. I soggetti che soffrono di tali disturbi presentano permanentemente, fin dallo sviluppo del loro carattere, modalità di risposta agli stimoli esterni abnormi, nel senso attribuitogli precedentemente. Il soggetto che soffre di tali disturbi mostrerà da un lato un'indole più aggressiva, sospettosa, litigiosa e dall'altro, freddezza emotiva e distacco dai comuni sentimenti.

Accettare che questi disturbi possano rientrare nel concetto di infermità penalmente rilevante ha generato forti resistenze in giurisprudenza circa l'ampiezza di tale categoria, nella quale vi potrebbe rientrare qualsiasi anomalia del carattere che, nonostante tutto non intacchi concretamente la capacità di intendere e di volere. Di conseguenza, soprattutto in questo campo, si richiede una elevata affidabilità scientifica del contributo degli esperti chiamati a pronunciarsi sul comportamento dell'infermo. L'esperienza ha dimostrato come «le diagnosi di disturbi di personalità poi, pur essendo di norma caratterizzate dall'affidabilità (intesa come probabilità di due clinici indipendenti raggiungano la stessa diagnosi sul medesimo caso), assai di rado potranno fregiarsi del crisma della validità (quindi delle individuazione di adeguati e sicuri riscontri nella realtà)»⁴⁵.

A fronte delle preoccupazione ed incertezze che hanno caratterizzato la giurisprudenza, l'accettazione dei disturbi della personalità nell'ambito del concetto di infermità, seppure a determinate condizioni, sancita dalla storica sentenza delle Sezioni Unite sul caso Raso, ha segnato un punto di svolta

⁴⁴ DSM-IV-TR, p.730

⁴⁵ Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi di personalità*, cit., p.267

epocale nella disciplina della non imputabilità per vizio di mente, determinando il definitivo superamento «della criteriologia nosografica»⁴⁶.

Al fine di poter meglio comprendere la portata così innovativa della sentenza in questione è bene partire dal testo della medesima, soffermandosi sui diversi passaggi che hanno portato la Suprema Corte ad accogliere un concetto più ampio ed aperto di infermità penalmente rilevante.

5. La sentenza Raso e i disturbi della personalità

La questione relativa all'infermità quale causa di esclusione totale o parziale dell'imputabilità era da tempo oggetto di contrasti giurisprudenziali, anche tra le sezioni della Corte di Cassazione. Perfino la Corte costituzionale era stata chiamata nel 2004 a pronunciarsi circa la presunta incostituzionalità degli artt. 85, 88, 89, 90 del codice penale⁴⁷; nello specifico, la Corte «non era entrata nel merito della questione, sollevata con particolare riferimento al fatto che tali articoli sarebbero stati fondati su una base scientifica [...] incontrovertibilmente erronea o comunque tale da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed applicazione razionali da parte del giudice»⁴⁸. Le norme, secondo il Tribunale di Ancona che aveva sollevato la questione, contrastavano con l'art 3 della Costituzione sul principio di uguaglianza.

Le Sezioni Unite hanno affrontato la questione nel 2005⁴⁹.

Il giudizio di merito vedeva una imputazione per omicidio a carico del sig. Raso, il quale aveva esploso diversi colpi di pistola contro l'inquilino del piano superiore, uccidendolo. La motivazione di tale gesto è stata

⁴⁶ Ponti, Merzagora, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993, p.63

⁴⁷ Corte cost. 2 dicembre 2004, n. 433

⁴⁸ Bertolino, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, n.7, 2005, p.853

⁴⁹ Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, in *Dir. pen. proc.*, n.7, 2005

individuata nei numerosi diverbi e litigi tra i due a proposito dei rumori provenienti dall'autoclave della vittima, i quali erano fonte di crescente esasperazione per l'imputato. Nel corso del primo grado sono stati disposti diversi accertamenti circa la salute mentale di Raso e le diverse perizie, pur con alcune piccole divergenze, convenivano sulla sussistenza a carico dell'imputato di «un disturbo della personalità di tipo paranoideo», ponendo inoltre l'accento sul «percorso psicopatologico della personalità del soggetto individuato in un “nucleo depressivo profondo, legato ad avvenimenti personali ed in grado di determinare radicati sentimenti di inabilità, insufficienza, inadeguatezza”». Questo tipo di disturbo è stato ritenuto dai giudici come idoneo ad integrare un vizio parziale di mente. I giudici del gravame invece hanno escluso la diminuzione di cui all'art 89 c.p., attenendosi ad un criterio medico-nosografico, per l'inidoneità del disturbo di personalità ad incidere sull'imputabilità del soggetto; utilizzando le parole dei giudici «le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in una alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia [...], bensì in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89 del c.p.». L'imputato ha poi presentato ricorso adducendo che i disturbi rilevati possono rientrare nel concetto di infermità quando abbiano in concreto determinato il soggetto ad agire, costituendone la spinta motivazionale.

La I Sezione penale, di fronte agli ondivaghi precedenti in materia, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite affinché assicurassero uniformità tra i diversi indirizzi giurisprudenziali.

I giudici della Corte hanno, inizialmente, preso atto dei diversi orientamenti psichiatrici di spiegazione della malattia: si va da uno strettamente

nosografico, ad uno bio-psichico, con un approccio più individualizzato. Di fronte ad una impossibilità della scienza di offrire parametri certi «si rivendica all'area giuridico-penale la determinazione del contenuto e della funzione del concetto di imputabilità e del vizio di mente, esso “implicando una presa di posizione su ciò che l'ordinamento poteva pretendere da lui nella situazione data”, rimanendo una questione normativa di ultima competenza del giudice, il quale ne assume la responsabilità di fronte alla società nel cui nome amministra la giustizia»⁵⁰. Si riconosce quindi il primato del diritto, ma sempre con il supporto di un'adeguata base empirica.

A proposito dei disturbi della personalità, la Cassazione, precedentemente aveva aderito ad una concezione della malattia mentale più ristretta e vicina al dato clinico, avendo affermato che «le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono solo le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie o quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura»⁵¹.

Un altro indirizzo invece fa riferimento all'intensità del disturbo psichico. Le anomalie psichiche senza una sicura base organica rientrano nel concetto di infermità purché si manifestino con una intensità tale da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere⁵².

Infine un ulteriore indirizzo utilizza il criterio del valore di malattia: vengono ricomprese anche le nevrosi o psicopatie a patto che si manifestino con elevato grado di intensità tanto da integrare una vera e propria forma di psicosi, questa inserita tra le patologie rilevanti fin dal paradigma medico-nosografico.

⁵⁰ Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit., p.843

⁵¹ Cass., Sez. IV, 2003, n.26614, in *Dir. pen. proc.*, n.7, 2005

⁵² In questo senso Cass., Sez I, 2004, n.2425

La Corte ha rilevato come la formulazione delle norme sul vizio di mente è avvenuta con tecnica di normazione sintetica ossia «il legislatore rinuncia in partenza a definire in termini descrittivi tutti i parametri della fattispecie, ma mediante una formula di sintesi (elemento normativo) rinvia ad una realtà valutativa contenuta in una norma diversa, giuridica o extragiuridica (etica, sociale, psichiatrica, psicologica)»⁵³. Sarà quindi l'interprete ad individuare la fonte esterna alla stregua delle più recenti e condivise acquisizioni della scienza. Il paradigma medico-nosografico si mostrava come il più affidabile all'epoca della emanazione del codice, ma dall'ora il sapere giuridico ed extragiuridico si è notevolmente evoluto.

La *chance* di superare un concetto di infermità inteso in senso restrittivo si rivela ponendo attenzione a ciò che realmente chiede l'art. 88 c.p.: non rileva tanto l'infermità fine a sè stessa ma lo stato di mente indotto dalla medesima tale da escludere o far scemare grandemente la capacità di intendere e di volere. Quindi, attenendosi al dato strettamente normativo, bisogna concentrarsi sull'effettivo stato mentale del soggetto il quale può essere cagionato da una infermità non meglio specificata. Di fronte ad una incertezza persistente circa il significato da attribuire al termine infermità, la Corte, come anche la dottrina psichiatrico-forense, fa riferimento al DSM, nel quale si parla di disturbo solo in senso sindromico, prescindendo dalla eziopatogenesi del medesimo. Attenendosi quindi ai sintomi e agli effetti, anche i disturbi della personalità possono incidere sul funzionamento dei meccanismi intellettivi e volitivi dell'individuo. Nel novero dei disturbi della personalità, non rientrano invece, ad avviso della Corte, le semplici anomalie del carattere o le alterazioni a livello caratteriale o sentimentale, legate all'indole del soggetto, che, pur incidendo sul processo psichico motivazionale di determinazione ed inibizione, non

⁵³ Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit., p.845

siano tuttavia idonee a pregiudicare, [...] in misura notevole, le capacità rappresentative e volitive dell'agente»⁵⁴. A maggior ragione sono esclusi gli stati emotivi e passionali di cui all'art.90 c.p., salvo che non si innestino su di un assetto psichico già compromesso da un disturbo mentale penalmente rilevante.

Le basi a sostegno della rilevanza dei disturbi della personalità in effetti sono molti. Sia il criterio dell'intensità del disturbo sia quello del valore di malattia fanno riferimento ad una situazione di incapacità di intendere e di volere indipendente dalla natura dell'infermità che l'ha generata. Inoltre anche numerose legislazioni straniere come quella tedesca o svedese fanno riferimento ad un modello definitorio dell'infermità mentale strutturato in clausole aperte che tengano conto di criteri normativi, biologici e psicologici: si utilizzano, a tal proposito, termini come disturbo psichico, anomalia psichica, turbe mentali patologiche.

Sulla base di tali elementi di supporto, la Cassazione sposa appieno il paradigma bio-psico-sociale il quale permette di indagare da differenti angolazioni se ed in quale misura il disturbo abbia effettivamente inciso sulla capacità dell'individuo.

Le Sezioni Unite hanno quindi enunciato il principio di diritto secondo il quale i disturbi della personalità sono idonei ad integrare il vizio di mente ma a due condizioni: a) che essi siano di «consistenza, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla capacità di intendere e di volere», b) che tra questi e il fatto criminoso sussista un nesso eziologico. Il primo requisito si sposa perfettamente con gli indirizzi dell'intensità del disturbo psichico e del valore di malattia precedentemente seguiti dalla stessa Cassazione. Il secondo requisito invece si sposa con le più recenti acquisizioni della scienza psichiatrica, ormai concorde nell'attribuire «spazi

⁵⁴ A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, cit., p. 224

sempre più ampi di responsabilità al malato mentale, riconoscendosi che, pur a fronte di patologie psichiche, egli conservi, in alcuni casi, una quota di responsabilità». La validità di un tale requisito è testimoniata anche dall'esperienza estera: il modello di codice penale elaborato dalla *American Law Institute*⁵⁵ nel 1962, depone in tal senso richiedendo un nesso che la condotta illecita sia causata dalla malattia mentale. Naturalmente, l'accertamento deve essere condotto rispetto alla specifica situazione, utilizzando un approccio quanto più individualizzato della diagnosi. Il requisito del nesso eziologico fra infermità e fatto illecito, a ben vedere, è una conseguenza logica della scelta della Cassazione, e della giurisprudenza in generale, di aderire alla concezione, attualmente dominante, dell'imputabilità come presupposto della colpevolezza, in quanto il giudizio sull'imputabilità si lega alla singola vicenda criminosa e a null'altro. Ciò permette una valutazione delle reali facoltà di scelta e di controllo del soggetto scevra da qualsiasi elemento fuorviante ed estraneo alla colpevolezza, il principale indicatore della responsabilità del singolo in un'ottica specialpreventiva del sistema penale. In altre parole «il fatto deve trovare la sua genesi e la sua motivazione nell'infermità»⁵⁶. Il requisito del nesso eziologico discende anche dal principio di divisibilità della capacità d'intendere e di volere, in base al quale l'imputabilità, nella maggior parte dei casi, si presenta come settoriale, ossia sussiste o meno a seconda delle diverse condotte prese in considerazione⁵⁷. Indicativa in tal senso una pronuncia del Tribunale di Bolzano⁵⁸ che, nel disporre perizia, hanno richiesto specificamente al perito di individuare lo specifico settore

⁵⁵ Il testo integrale, in library.law.utoronto.ca

⁵⁶ M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, cit., p.215

⁵⁷ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p.16

⁵⁸ Trib. Bolzano, 21 gennaio 1982, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p.761

interessato dal disturbo mentale. I giudici hanno poi riconosciuto nell'imputato la piena imputabilità rispetto ad un fatto di reato e, allo stesso tempo, seminfermo rispetto ad un altro. Tali conclusioni, peraltro, si pongono in linea con le più moderne acquisizioni in campo psichiatrico secondo cui vi sarebbero determinati disturbi, come i disturbi di ansia, la cui influenza criminogena è pressoché nulla, a differenza di altri, come i disturbi della personalità in generale. A ben vedere tuttavia, l'autentico principio di diritto enunciato nella sentenza «sta nel collegamento “aperto” con un sapere scientifico in evoluzione»⁵⁹ mentre l'accettazione dei disturbi della personalità nel novero delle infermità penalmente rilevante ne è un semplice corollario.

La sentenza Raso si rivela un grande passo in avanti nell'evoluzione del concetto di infermità, determinando indirettamente quale tra i diversi paradigmi debba essere utilizzato e come si debba procedere. Le incertezze tuttavia persistono poiché «l'affermazione del principio di diritto affonda le sue radici nel mondo empirico-fattuale della scienza medico-legale e psichiatrico-forense»⁶⁰; ciò dimostra come non vi siano sicuri mezzi scientifici a cui ancorare la decisione del giudice.

La Cassazione ha imposto soltanto di interpretare in maniera estensiva il concetto di infermità secondo un modello di malattia mentale meno medico e più psicologico. La fonte integrativa a cui riferirsi sarebbe il DSM in quanto sistema diagnostico più diffuso. Parte della dottrina pone in dubbio però il grado di scientificità e attendibilità del manuale anche, e soprattutto, perché «ponendo sullo stesso piano tutte le diagnosi, attraverso il concetto di comorbidità introduce la possibilità di formulare diagnosi multiple nei

⁵⁹ Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità*, cit., p. 250

⁶⁰ M. Bertolino, *Il commento*, p.853

confronti dello stesso soggetto»⁶¹. L'inadeguatezza del DSM a fungere da punto di riferimento per il giudice sarebbe da imputare al tipo di classificazione di cui il manuale si avvale, distinguendo i disturbi in base ai sintomi che essi presentano, e non in base alla causa degli stessi. Ugo Fornari, a tal proposito, ha ribadito il concetto: «il DSM è un manuale statistico non clinico e pertanto non ha e non deve avere il valore di un trattato di psichiatria»⁶². Se però non si vuole rinunciare ai manuali diagnostici in ambito forense, ritenendo l'apparente vantaggio in termini di certezza superiore ai rischi di conclusioni erranee, l'utilizzo deve partire dal presupposto che non rappresentano un sapere fisso, permanente o definitivo.

Il secondo problema riguarda l'accertamento concreto della incisività dell'infermità sulla capacità di intendere e di volere. A questo proposito, solo in poche ipotesi si ha una base di supporto davvero attendibile in termini di scientificità e sicurezza. Una diagnosi descrittiva a tal fine risulta insufficiente. La valutazione della capacità legale di una persona necessita di molte più informazioni rispetto a quelle che il DSM può offrire sul suo conto e quindi è necessario non basarsi solo su quest'ultime ai fini della decisione sull'imputabilità del soggetto. La valutazione del vizio di mente di una comprensione del significato da attribuire ai sintomi riscontrati nel momento empirico del giudizio; «passare dunque da un approccio nosografico-categoriale ad uno funzionale di tipo comprensivo, in quanto ermeneutico»⁶³.

Infine quando la Corte richiede consistenza, rilevanza e gravità dei disturbi non si sofferma a indicare i criteri valutativi da utilizzare e , così facendo,

⁶¹ M. Bertolino, *Il commento*, p.855

⁶² U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, cit., p.118

⁶³ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.123

lascia al perito il delicato e forse impossibile compito di spiegare il disturbo alla luce del fatto criminoso.

I dubbi sul concetto di infermità dunque non sono ancora stati fugati, e questo a causa dell'incapacità della psichiatria nel fornire dati certi. A questo proposito, perfino la natura di scienza della psichiatria è stata oggetto di dibattito: chi, come Popper, le nega tale carattere, definendola come «una disciplina ancora allo stadio mitologico»⁶⁴, altri invece, come il filosofo Evandro Agazzi, pensano alla scienza in termini meno rigorosi, affermando che «abbiamo attenuato i requisiti della scientificità, e siamo disposti a parlare di scienze anche nel caso di discipline esclusivamente [...] di osservazione e classificazione, pur conservando l'aspirazione, quando sia possibile, a pervenire anche alla spiegazione»⁶⁵. In ogni caso le problematiche relative alla natura scientifica incerta della psichiatria e al controverso rapporto di questa con il diritto penale saranno trattate più approfonditamente nel capitolo successivo a proposito del contributo del perito insieme agli standard di scientificità che il suo contributo al processo deve possedere.

Infine, occorre segnalare che l'apertura del concetto di infermità mentale così come operato dalla Cassazione ha suscitato non poche riserve, specialmente in dottrina poiché «il principio di legalità-tassatività e determinatezza esige infatti che i requisiti di fattispecie, [...] siano determinati una volta per tutte dal legislatore, e non siano affidati alle oscillazioni e mutevoli opinioni e intuizioni personali dei singoli giudici»⁶⁶. La migliore risposta a tali perplessità potrebbe essere un rafforzamento del

⁶⁴ M. Bertolino, *La crisi del concetto di imputabilità*, cit., p.257

⁶⁵ Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p.393

⁶⁶ F. Stella, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p.47

secondo livello di giudizio dell'imputabilità che mantenga entro limiti accettabili l'eccessiva apertura del concetto di infermità ai nuovi e numerosi disturbi inquadrati dalla scienza psichiatrica moderna.

6. Il paradigma neuroscientifico: un ritorno al determinismo psichico

L'approccio più moderno sull'accertamento dell'infermità affermatosi negli ultimi anni è il paradigma neuroscientifico; attraverso l'ausilio delle moderne tecnologie mediche gli esperti ritengono che la neuroscienza possa risultare decisiva nel campo del giudizio di inimputabilità, essendo in grado di fornire risultati empirici dotati di un elevato grado di probabilità scientifica come mai prima.

«Le ricerche che si svolgono con gli odierni strumenti di indagine neurologica trovano probabilmente il loro atto di nascita nelle scoperte di un fisiologo italiano, Angelo Mosso, che negli ultimi decenni del XIX Secolo studiava le variazioni della pressione del sangue nelle arterie cerebrali»⁶⁷. Egli teorizzò una relazione tra le pulsazioni del sangue del cervello e i comportamenti mentali del soggetto osservato. Di conseguenza, «negli ultimi anni è maturata la convinzione che sia ormai possibile, attraverso la neuroanatomia, misurare la struttura del cervello e la sua funzionalità, potendo notare le alterazioni cerebrali e i problemi strutturali nelle aree temporale e limbica, come l'ippocampo, l'amigdala e il lobo frontale»⁶⁸. Esisterebbero quindi delle correlazioni tra substrato organico-biologico e il comportamento criminale che tale paradigma sarebbe in grado di dimostrare.

⁶⁷ Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 176

⁶⁸ M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. con.*, 2012, p.8

I sostenitori di tale metodo ritengono che attraverso la neuroscienza sia possibile non solo individuare tali correlazioni, ma anche farlo con la massima precisione, garantendo all'accertamento dell'infermità una maggiore tasso di oggettività. Tutto ciò sarebbe sarebbe possibile grazie ai sofisticati strumenti, attualmente a disposizione, di visualizzazione cerebrale (*neuroimaging*) come «l'analisi computerizzata del tracciato EEG, che realizza un mappaggio selettivo dell'attività elettrica in specifiche aree cerebrali, la tomografia assiale computerizzata (TAC), la risonanza magnetica funzionale (fMRI), la tomografia ad emissione di positroni (PET), [...] fino allo studio della neurobiologia molecolare...»⁶⁹.

Grazie a queste nuove tecniche, è possibile riscontrare per ogni disturbo mentale un'alterazione organica a livello cerebrale con elevata certezza⁷⁰.

La tecnica del *neuroimaging*, ad esempio, è capace di individuare le componenti neurobiologiche delle decisioni di tipo automatico, involontarie o d'impeto. Nello specifico si è evinto che in presenza di azioni di questo tipo, la consapevolezza di averle compiute interviene successivamente, anche se di poco, all'effettivo compimento, e questo a prescindere dalla fatto che siano azioni semplici o complesse⁷¹. Tali risultanze dotate del crisma della scientificità, potranno essere utilizzate a livello pratico per negare l'aprioristica convinzione secondo cui una azione delittuosa, solo perchè complessa, debba essere sempre sorretta dalla volontà.

L'esempio appena fatto rappresenta solo uno degli innumerevoli impieghi delle neuroscienze in ambito giuridico; queste si mostrano davvero utili ai fini dell'accertamento di un disturbo o di una infermità a livello medico-

⁶⁹ M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.9

⁷⁰ In tal senso Forza, *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010, p.133

⁷¹ In tal senso L. Boella, *Neuroetica-La morale prima della morale*, Milano, 2008, p.81

psichiatrico, ossia ai fini del primo piano del giudizio di imputabilità. Addirittura è stato riscontrato il correlato neurale dei disturbi della personalità, la cui collocazione nell'area del penalmente rilevante ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite; nei disturbi gravi il correlato presenta una struttura diversa che in quelli lievi.

L'impatto delle neuroscienze in ambito medico e psichiatrico è stato davvero notevole, a tal punto che la nuova edizione del DSM, arrivato alla sua V edizione, tiene conto dei due nuovi Assi neuroevolutivo e genetico nella definizione della malattia mentale.

Avverso tale nuovo approccio molte voci però si sono levate volte a ridimensionare il ruolo delle neuroscienze nel processo penale poiché quest'ultime, in realtà, non sarebbero in grado di dare risposte dotate di certezza in termini assoluti, ma presenterebbero in ogni caso un coefficiente di fallibilità; «se è vero che neuroscienziati sono in grado per esempio attraverso la risonanza magnetica funzionale di accertare la menzogna con un'accuratezza del 90% in un *setting* sperimentale, questo va letto anche nel senso che nel 10% non sono in grado di accertarlo»⁷². Volendo fare un esempio esplicativo, si pensi alla correlazione individuata tra il possedere allei a rischio e la commissione di atti di violenza ma, nel contempo, «nessuno ha valutato quanti individui senza allei a rischio abbiano commesso atti di violenza [...]: non esiste un rapporto causale tra geni e comportamento e comportamento criminale»⁷³, o almeno, non esiste in tutti i casi. È quindi più corretto ammettere che «l'imaging cerebrale fornisce dati affascinanti ma non incontrovertibili»⁷⁴. Il problema non sembra però così grave visto che la certezza assoluta raramente, se non mai, è ottenibile, e di

⁷² Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., p.183

⁷³ Papagno, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p.1972

⁷⁴ Gazzaniga, *La mente etica*, Torino, 2006, p.9

questo anche i giudici hanno preso consapevolezza. L'apporto delle neuroscienze va piuttosto considerato come capace «di fornire ipotesi dotate di un certo grado di probabilità scientifica, che consentono di evidenziare le condizioni di vulnerabilità o fattori di rischio, la cui presenza rende statisticamente più probabile [...] il comportamento criminale e che insieme alle altre evidenze psicopatologiche e processuali forniscono la convinzione più convincente del fatto illecito»⁷⁵. Ecco quindi il giusto ruolo che i risultati clinici così ottenuti devono rivestire: «un utile complemento alla valutazione peritale»⁷⁶, migliorandone così il tasso di oggettività e di scientificità. Infatti, la perizia che ignori fatti o elementi d'indagine di cui avrebbe dovuto tener conto, sarà poco rigorosa e quindi criticabile dal punto di vista metodologico. È proprio a causa della mancanza di basi solide che la perizia, molte volte, si riduce ad una «valutazione di responsabilità morale gabbata da risposta scientifica, avere invece a disposizione utensili di maggiore affidabilità scientifica potrebbe evitare quella che talora è vera e propria “truffa delle etichette”⁷⁷. Tuttavia, la perizia non può, all'opposto, ridursi ad uno sterile accertamento condotto esclusivamente attraverso le macchine le quali, seppur sono in grado di catturare con elevata precisione il fenomeno psichico o anatomico, non sono in grado di indagare il fenomeno medesimo da una prospettiva di criminogenesi e criminodinamica, non sono in grado, in altre parole, di comprenderlo appieno.

Al fine di chiarire quale sia il concreto rilievo probatorio riconosciuto alle neuroscienze all'interno del processo penale, prendiamo in considerazione,

⁷⁵ Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, III, p. 924

⁷⁶ G. Sartori, *Lectio magistralis*, tenuta nell'Università L. Bocconi in occasione dell'incontro su « Forensic Neurosciences », 27 settembre 2011

⁷⁷ Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., p.180

uno per tutti, il caso giudiziario⁷⁸ che ha segnato l'ingresso delle neuroscienze nel contesto dell'accertamento peritale sulla capacità d'intendere e di volere in Italia. Stefania Albertani uccise, nel 2009, la sorella attraverso la somministrazione di potenti psicofarmaci durante l'intero periodo in cui quest'ultima era stata segregata in casa. Successivamente tentò di uccidere anche la madre. Il Gip di Como ha condannato nel 2011 l'imputata riconoscendole però un vizio parziale di mente dovuto sia alla compromissione di un'area del cervello deputata al contenimento degli istinti aggressivi sia alla presenza di fattori genetici associati ad una maggiore probabilità di comportamenti aggressivi e violenti. La decisione presa dal giudice si è basata prevalentemente su analisi neuroscientifiche, in particolare attraverso l'utilizzo del *neuroimaging*, le quali hanno permesso di accertare i fattori sopra esposti. Il Gip ha motivato la scelta di aver preferito le nuove tecniche rispetto ai classici accertamenti peritali, facendo riferimento alla sentenza Raso, nella quale si è affermata la necessità di sottoporre ad un vaglio particolarmente rigoroso tutti i pareri forniti dagli esperti, a fronte della crescente incertezza che assilla la scienza psichiatrica e psicologica, e di porre quest'ultimi in raffronto con le altre emergenze processuali. Seguendo la strada tracciata dalla Suprema Corte, il giudice ha ritenuto gli accertamenti svolti dal primo consulente della difesa e dal perito d'ufficio poco affidabili perchè condotti attraverso una metodologia troppo superficiale in quanto basata esclusivamente sui colloqui effettuati con l'imputata. L'accertamento condotto dal secondo consulente della difesa invece ha visto affiancarsi ai metodi classici di valutazione, le nuove tecniche di analisi basate sulle più moderne acquisizioni della neurobiologia. I dati così ottenuti, e valutati nel

⁷⁸ Gip Como, 20 maggio 2011, in *Guida al diritto (on line)*, 2011

contesto delle ulteriori risultanze processuali, hanno formato il convincimento del giudice sulla responsabilità della persona⁷⁹.

Un punto ancora più problematico riguarda l'apporto dell'indirizzo neuroscientifico al secondo piano del giudizio di imputabilità, quello relativo all'incidenza dell'infermità sulla capacità di intendere e di volere. Anche l'indagine relativa al concreto stato di mente dell'individuo rischia «di diventare vittima del processo di oggettivizzazione e standardizzazione, che affascina nella sua componente di garanzia della certezza dell'accertamento giudiziale»⁸⁰. Un ulteriore rischio paventatosi di recente è che l'accertamento dell'imputabilità si possa ridurre ad una mera questione probatoria. Ormai dovrebbero essere chiare le enormi difficoltà che la categoria dell'imputabilità ha incontrato nel provare i fenomeni psichici che affliggevano il malato, non essendovi mai stati criteri diagnostici muniti di una base scientifica sufficientemente sicura. Questa difficile realtà risulterebbe ormai superata grazie alle “verità” di cui si dichiarano portatrici le neuroscienze, le uniche finora ad essersi dimostrate capaci nel rispettare il carattere di scientificità di cui una prova tecnica valida dovrebbe essere sempre fornita. L'entusiasmo della comunità scientifica insieme a quello di buona parte della dottrina penalistica «arriva al punto da far pensare che il giudizio sull'imputabilità possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali»⁸¹. Come è noto, il giudizio di imputabilità necessita di un'ulteriore indagine: quella normativa. Il “momento” normativo spetta in via esclusiva al giudice, il quale decide principalmente in base al parere scientifico dell'esperto sulla presenza del disturbo e sulla reale incidenza

⁷⁹ In tal senso M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., pp. 21-22

⁸⁰ Bertolino, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, in *Criminalia*, 2008, p.326

⁸¹ Bertolino, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, cit., p.328

che quest'ultimo ha avuto sulla capacità d'intendere e di volere, ma eventualmente può discostarsene ove non ritenga tale parere corroborato da prove dotate di un grado sufficiente di scientificità. Nel caso di pareri basati sugli apporti delle neuroscienze il giudice corre il pericolo di farsi abbagliare dai sicuri dati naturalistici che queste sono in grado di fornire ritenendoli elementi sufficienti per potersi pronunciare sulla responsabilità dell'imputato. In realtà le neuroscienze si limitano ad evidenziare, seppure con elevata precisione, le correlazioni presenti tra il comportamento umano e la struttura del cervello o la sua attività; è quindi corretto sottolineare «la natura descrittiva e non esplicativa del modello offerto dalle neuroscienze»⁸². Il paradigma neuroscientifico non aggiunge alcunché rispetto al modello diagnostico del DSM nel panorama dell'accertamento clinico-psichiatrico, se non fosse per gli strumenti di cui esso si avvale, capaci di ingenerare nei giudici e, nell'esperienza nord americana anche nei giurati, una vera e propria «deferenza verso le macchine»⁸³; ciò porta a ritenere la malattia, così accertata, più grave e maggiormente responsabile del comportamento illecito con la conseguenza di un più immediato convincimento sulla irresponsabilità del soggetto. Questa preoccupante tendenza, riassumibile in un facile quanto immotivato clemenzialismo, si è manifesta in particolare negli U.S.A., dove le tecniche neuroscientifiche sono attecchite molto prima che in Italia. Ad esempio, «dalle ricerche sperimentali sarebbe emerso che i verdetti di non colpevolezza per insanità mentale in caso di disturbi di personalità aumentano notevolmente (dal 12% al 42,9%), quando viene fornita la prova che l'imputato ha subito un trauma cranico e/o attraverso neuroimmagini si evidenziano danni ai lobi

⁸² Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., p.184;

⁸³ Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente*, cit., p.331

frontali»⁸⁴. E questa tendenza non si arresta nemmeno di fronte a dati irrilevanti rispetto al caso concreto per mancanza, ad esempio, di un nesso eziologico.

Naturalmente tutto ciò va contestato, in quanto dalla semplice presenza di un substrato organico-patologico non può automaticamente evincersi il vizio di mente: per poter affermarne la presenza serve l'interpretazione del dato naturalistico da parte del giudice. Questi «per conseguire un risultato caratterizzato da elevata credibilità razionale [...], deve tener conto di tutte le emergenze processuali che concorrono ad assicurare l'alto grado di credibilità logico-razionale che deve contraddistinguere la decisione...»⁸⁵ secondo il modello imposto dalla sentenza Franzese in tema di causalità omissiva. Un intervento chiarificatore in merito è stato quello del G.u.p. di Como che in una importante sentenza, la quale ha segnato l'ingresso delle neuroscienze nel processo ha detto: «una volta ottenuto l'ausilio della scienza psichiatrica che individuano requisiti bio-psicologici di un eventuale anomalia mentale, resta al giudice il compito di valutare la rilevanza giuridica dei dati forniti dalla scienza ai fini della rimproverabilità dei fatti commessa dal suo autore...»⁸⁶. Il rischio più grande connesso all'accettazione dell'automatismo disturbo riscontrato-vizio di mente, con eliminazione del momento critico del giudice, è rappresentato da «una “processualizzazione” delle categorie dommatiche sostanziali, [...] cui consegue una confusione tra oggetto dell'accertamento e strumento dell'accertamento»⁸⁷. L'imputabilità perderebbe il suo ruolo di fondamentale principio di garanzia per divenire una mera clausola di stile

⁸⁴ Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., p.927

⁸⁵ Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., p.926

⁸⁶ Gip Como, 20 maggio 2011, in *Guida al diritto on line*, 30 agosto 2011

⁸⁷ Bertolino, *Il “breve” cammino del vizio di mente*, cit., p.326

dal punto di vista normativo; essa continuerebbe ad avere un significato solo grazie all'apporto di discipline extragiuridiche. L'imputabilità è un concetto prima di tutto normativo, e di conseguenza il ruolo che il diritto riveste nel giudizio sulla medesima è preminente rispetto a quello ricoperto dalla psichiatria o dalla medicina in generale. A tale scopo diventa sempre più indispensabile una specifica formazione diretta ad «affinare la sensibilità del magistrato e prepararlo ai nuovi e diversi saperi che contribuiscono all'accertamento della verità nel processo»⁸⁸

Ritenere il modello offerto dalle neuroscienze l'unico davvero valido comporta, come evidenzia Bertolino, un ritorno al paradigma medico e anche oltre, poiché la malattia «è quella biologica, è quella dei processi neurali, è cioè quella della malattia di un uomo guidato dalle (e si esaurisce nelle) sue funzioni e nelle sue prestazioni biologiche»⁸⁹. Ecco quindi il ritorno al determinismo psichico, come anticipato nel primo capitolo: l'uomo con una specifica alterazione cerebrale sarà determinato, in misura maggiore di chi non ce l'ha, ad avere uno specifico comportamento che, con molta probabilità, potrebbe sfociare nella commissione di un fatto criminoso. Il determinismo sembrerebbe però non più in conflitto con il postulato della libertà del volere e della conseguente responsabilità per fatto proprio, infatti «quand'anche ci convincessimo della verità del determinismo nel mondo reale, tale credenza non comprometterebbe i nostri giudizi sulla responsabilità morale»⁹⁰. È molto più realistico e razionale pensare all'uomo come libero nelle sue decisioni, ma all'interno di un *range* più o meno ampio di scelte determinato dai condizionamenti normalmente presenti nella vita di tutti i giorni. La capacità di

⁸⁸ Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., p.938

⁸⁹ Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente*, cit., p.332

⁹⁰ De Caro, Maraffa, *Libertà, responsabilità e retributivismo*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, p.361

autodeterminazione rimane alla base della imputabilità ed «essa viene meno quando i condizionamenti sono tali da impedire al soggetto una scelta consapevole, razionale, ragionata», diventato una scelta determinata e quindi non punibile, almeno non per intero.

A fronte degli innumerevoli rilievi critici mossi nei confronti delle nuove tecniche neuroscientifiche, è innegabile il loro alto valore scientifico nell'ambito della conoscenza dell'uomo e dei suoi meccanismi interni, siano essi psichici o meramente anatomici. Anche se il peso che queste debbono ragionevolmente ricoprire in ambito processuale sia stato notevolmente ridimensionato col passare del tempo «sarebbe assurdo non modificare il nostro modo di decidere sulla capacità di intendere di volere avendo ampliato la scatola degli attrezzi della valutazione»⁹¹.

6. Il problema dei semimputabili

Abbiamo già visto come il vizio di mente si atteggi in due forme: quella totale e quella parziale, rispettivamente all'art. 88 e 89 del codice penale. Nel primo caso l'infermità genera uno stato mentale tale da «escludere la capacità di intendere e di volere», mentre nel secondo lo stato mentale è tale da «scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere». A proposito di quest'ultima, è ormai un dato acquisito che «la differenza col vizio totale non è di tipo qualitativo, bensì quantitativo, investendo non un solo settore della mente (c.d. incapacità settoriale), ma tutta la mente in misura meno intensa rispetto al vizio totale»⁹². L'altra grande differenza è rappresentata dal profilo sanzionatorio: nelle situazioni di vizio totale di mente non è applicabile alcuna pena, in quelle di vizio

⁹¹ Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., pp.179-180

⁹² Collica, *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, G. de Vero (a cura di), cit., p.470

parziale di mente la pena è soltanto diminuita. Il vizio parziale di mente è quindi, a tutti gli effetti, una circostanza attenuante (o diminuyente) della pena che non esclude la capacità d'intendere e di volere. Non è sufficiente un grado qualsiasi di compromissione della capacità del soggetto, «richiedendosi che questa risulti “grandemente scemata”, ovvero che tale compromissione secondo una quantificazione oggetto di apprezzamento in fatto [...] abbia assunto, al momento dell'azione od omissione, un notevole grado o una notevole intensità»⁹³.

Il vizio parziale di mente, ancor più di quello totale, ha fatto sorgere numerosi dubbi e perplessità circa la sua reale valenza ed utilità nel sistema della responsabilità penale.

La prima grande perplessità ha a che fare con la sua natura di stato giuridico intermedio: «il concetto di vizio parziale di mente rimane in realtà elastico e controvertibile, perché non sempre è facile segnare i rispettivi confini da un lato con la totale incapacità di intendere di volere e, dall'altro con condizioni di anomalia compatibili con uno stato di sostanziale normalità»⁹⁴.

Le critiche sono giunte sia dagli psichiatri, che lamentavano un' estrema difficoltà nell'individuare con certezza l'intensità o il grado della specifica infermità, sia dai giuristi, che invece lamentavano l'impossibilità di considerare uno stato intermedio dell'imputabilità, poiché questa «come qualifica soggettiva o c'è o non c'è»⁹⁵.

In base a quest'ultimo rilievo è da criticare anche la stessa dizione semi-imputabilità, visto che o il soggetto è imputabile, e tutt'al più avrà diritto ad

⁹³ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale* II art. 85-149, cit., p.43

⁹⁴ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, p. 343

⁹⁵ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale* II art. 85-149, cit., p.42

una semplice diminuzione di pena, o non è imputabile, e quindi non gli è applicabile alcun tipo di pena.

Un'altra forte perplessità, più risalente nel tempo è stata espressa dal penalista Francesco Alimena per il quale «la responsabilità diminuita ... arriva ad un assurdo: assoggetta a pena diminuita quegli uomini i quali, appunto perché non del tutto pazzi, sono più pericolosi [...] perché, meno degli uomini del tutto sani di mente, resistono gli impulsi, e più degli uomini del tutto folli, sanno scegliere i mezzi e le occasioni per attuare i loro propositi»⁹⁶. L'incertezza che aleggia intorno all'istituto, sia in termini di diritto sostanziale che procedurale, visto la particolare difficoltà nell'individuare un'infermità che non solo incida sulla psiche del soggetto, ma che lo faccia con un'intensità tale da «far grandemente scemare, senza escluderla, la capacità...» dell'individuo, cela il grande rischio che possa essere «invocato dagli imputati in modo strumentale, per beneficiare cioè di un trattamento penale più mite»⁹⁷.

Anche Fornari si è espresso per l'abolizione del vizio parziale di mente, in quanto «molti pensano che il riconoscimento di un vizio parziale di mente sia espressione di raffinata abilità clinica, di felice intuizione. Invece, non si tratta altro che di compromessi e di aggiustamenti che si sposano quando non si sa come concludere e non sia il coraggio e l'umiltà di ammetterlo». Anche l'accertamento ne risente, essendo improntato alla più assoluta arbitrarietà⁹⁸.

Le posizioni critiche legate all'apparente carattere artificioso del vizio parziale di mente hanno lasciato, in tempi recenti, il posto ai vantaggi che l'istituto all'art. 89 c.p. presenta, e che giustificano la sua permanenza

⁹⁶ Alimena, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1910, p. 177

⁹⁷ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.343

⁹⁸ U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, cit., pp. 123-124

all'interno dell'ordinamento e del panorama penalistico in generale. Senza una gradazione della capacità d'intendere e di volere, «si farebbe luogo alle più gravi disparità di trattamento, perché a seconda della maggiore o minore comprensione di casi, nei limiti dell'applicabilità del vizio totale di mente, il concetto di normalità, o si estenderebbe eccessivamente, o si restringerebbe al punto, che la maggioranza degli uomini diverrebbe non imputabile»⁹⁹.

La stessa psichiatria ha ormai riconosciuto che esistono nella realtà empirica delle situazioni psichiche intermedie nelle quali al soggetto residua una, seppur minima, capacità di comprendere le proprie azioni e di regolare i propri impulsi. Il riconoscimento di un spazio, per quanto ridotto, di libertà in capo al malato mentale si pone peraltro in linea con i più recenti orientamenti nel campo del trattamento del malato in base ai quali si ritiene che deresponsabilizzare completamente il soggetto senza considerare il reale stato intellettuale e volitivo in cui esso si trova nel caso concreto risulti controproducente dal punto di vista terapeutico ai fini della risocializzazione del malato e della sua ricollocazione in un contesto di normalità; infatti «l'attribuire al malato di mente la responsabilità per il reato commesso [...] è agente di cambiamento, suggerisce un atteggiamento di minor dipendenza e fatalismo; in parole povere: “il fatto dipende da me, non dalla mia incontrollabile malattia”»¹⁰⁰

Un ultimo profilo molto importante da considerare è quello costituzionale. Infatti l'istituto del vizio parziale di mente si armonizza perfettamente con il principio della colpevolezza, specialmente, se considerato nella sua accezione normativa. Come abbiamo visto nel I capitolo la concezione normativa, attualmente dominante, presenta il vantaggio di poter graduare la colpevolezza, e quindi la sanzione, in base alla riprovevolezza del

⁹⁹ Bertolino, *Imputabilità e vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.386

¹⁰⁰ I. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, in *imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.79

comportamento rispetto a quanto richiesto dalla norma. Di conseguenza, il riconoscimento di diversi gradi o livelli di infermità permette di graduare la colpevolezza con maggiore precisione rispetto al singolo caso, nell'ottica di un giudizio quanto più possibile individualizzato.

In ultimo, occorre segnalare come tale stadio intermedio dell'imputabilità sia espressamente previsto solo nel caso di vizio parziale di mente, quindi solo in presenza di una vera e propria infermità.

7. Gli stati emotivi e passionali

In tema d'imputabilità, il legislatore, non solo ha stabilito in quali situazioni essa possa venir meno, ma anche quando debba essere considerata aprioristicamente presente. La norma all'art. 90 c.p. prevede che «gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità». È forse questa una delle norme più controverse in ambito penale, fin dalla sua approvazione in sede di lavori preparatori dell'attuale codice penale nel 1930. Erano, di fatto, in molti a ritenere che potesse essere una scelta migliore affidare alla discrezionalità del giudice una valutazione così delicata, come era già previsto nel codice Zanardelli. Il legislatore, preoccupato delle facili assoluzioni che sarebbero potute seguire lasciando interamente al giudice la decisione, ha operato una scelta diversa, «di tipo essenzialmente pedagogico, volendo significare che l'uomo, anche se in preda a turbe emotive e passionali, non deve cedere, di norma, agli impulsi che sovvertono il vivere civile»¹⁰¹ L'irrilevanza degli stati emotivi e passionali sul comportamento umano è facilmente riconducibile alle dominanti istanze politico-criminali dell'epoca in senso generalpreventivo, quelle stesse istanze riscontrabili anche in altre norme: una per tutta la disciplina dell'ubriachezza e dell'uso di sostanze stupefacenti agli artt. 92

¹⁰¹M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.85

c.p. e ss. Anche in questi casi, il dato normativo si impone sulla realtà naturalistica concreta imponendo categoricamente una *fictio iuris* molto discutibile. Tutto questo si pone perfettamente in linea con la definizione legale del concetto di imputabilità che, occorre ricordare, è composto da un dato normativo, l'imputabilità in senso stretto, e da un dato empirico o naturalistico, la capacità d'intendere e di volere. Ne consegue che «in presenza di uno *status* di incapacità, se questa è rilevante per il diritto, ne conseguirà la non imputabilità, altrimenti l'incapacità resterà relegata agli aspetti naturalistici»¹⁰².

La perentorietà dell'art.90 c.p. ha suscitato sempre maggiori insofferenze, specialmente da parte della giurisprudenza la quale ha cercato di interpretarlo in armonia sia con il principio generale dell'art. 85 c.p., sia con il principio di colpevolezza. Specialmente con riguardo a quest'ultimo «dire che gli stati affettivi non escludono né diminuiscono l'imputabilità equivale a dire che non influiscono per nulla sulla rimproverabilità del fatto al suo autore e pertanto sulla colpevolezza»¹⁰³; ciò però va contro quanto prevede lo stesso codice penale il quale, talvolta, riconosce al coinvolgimento emotivo del soggetto un effetto di attenuazione delle conseguenze del reato: questo è il caso, ad esempio, della provocazione o della suggestione di folla in tumulto, entrambe attenuanti comuni previste all'art. 62 c.p.

Inizialmente gli stati emotivi e passionali erano da considerare rilevanti tutt'al più come possibile «fondamento delle attenuanti generiche, soprattutto se concorrono con circostanze di natura ambientale e sociale che abbiano influito negativamente sullo sviluppo della personalità del reo»¹⁰⁴. Esplicativo è il commento alla sentenza della Cassazione in nota di

¹⁰²M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p.47

¹⁰³ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale* II art. 85-149, cit., p.47

¹⁰⁴ Cass., Sez. I, 2 marzo 1971, in *Giust. pen.*, II, 1972, p.465

Nonnarone il quale spiega: «emozione è uno stato affettivo che determina un improvviso e transeunte turbamento dell'equilibrio psichico [...]. La passione è un'emozione divenuta duratura, violenta e talora irresistibile. La passione [...] non può confondersi con l'infermità mentale. Poiché ai fini dell'esclusione o diminuzione dell'imputabilità, il nostro ordinamento prende in considerazione solo le alterazioni mentali aventi carattere patologico...»¹⁰⁵, secondo l'allora imperante paradigma medico.

Successivamente, è andato consolidandosi un orientamento, quasi incontrastato fino alla sentenza Raso del 2005, , il quale ammette «la rilevanza scusante degli stati emotivi e passionali nei soli casi in cui siano “sintomo rivelatore”, “causa” o “conseguenza” di una vera e propria infermità mentale [...], consentendosi direttamente l'applicazione degli artt. 88 e 89 c.p.»¹⁰⁶; gli stati emotivi e passionali quindi non rilevano in sé per sé, ma in quanto causa o effetto di una vera e propria devianza psicologica. La giurisprudenza così limita «l'ambito di operatività del divieto sancito dall'articolo 90 c.p. ai soli stati emotivi e passionali non patologici»¹⁰⁷. È in altre parole necessario che «di fronte ad un delitto improvviso, scarsamente motivato, difficilmente comprensibile, [...] si siano realizzati meccanismi tali da acquisire aspetti di morbosità»¹⁰⁸. Tra le infermità vanno ricomprese anche quelle solo momentanee, ossia situazioni episodiche e puntuali che non hanno un vero decorso o una vera patogenesi.

Una differenziazione tra stati emotivi e passionali rilevanti e non rilevanti ai fini dell'imputabilità era stata operata già circa cento anni prima da

¹⁰⁵ Nonnarone, *Rilevanza penale degli stati emotivi e passionali*, in *Giust. pen.*, II, 1972, p.465

¹⁰⁶ M.T. Collica, *Il reo imputabile*, cit., p.472

¹⁰⁷ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.87

¹⁰⁸ Ponti, Gallina, Fiorentini, Calvanese, *Discontrollo omicida: considerazioni dalla casistica*, in Andreani, Cesa, Bianchi (a cura di), *Il discontrollo omicida*, Milano, 1981, p. 80

Francesco Carrara il quale riteneva che l'imputabilità potesse diminuire «anche in presenza di quei fattori affettivo-emotivi che la dottrina dell'epoca riconduceva al paradigma della forza irresistibile interna, laddove la loro intensità abbia limitato la possibilità, dell'autore del reato, di agire altrimenti»¹⁰⁹. Il Carrara distingue tra «passioni cieche» e «passioni ragionatrici» rispetto alla causa da cui hanno origine: le prime «agiscono con veemenza sulla volontà, e soverchiano i ritegni della ragione, lasciando all'intelletto minor balia di riflettere», le seconde «aguzzano invece i calcoli del raziocinio e lasciano all'uomo la pienezza dell'arbitrio»¹¹⁰. Le passioni cieche determinano una diminuzione dell'imputabilità, quelle ragionatrici no. La differenza non sta solo nell'intensità del moto affettivo ma anche nella motivazione alla sua base: nel primo caso il soggetto reagirebbe ad un pregiudizio, nel secondo mirerebbe a conseguire un vantaggio indebito. Per un'applicazione dell'art. 90 c.p. coerente con il carattere individualizzato e concreto che l'accertamento dell'imputabilità richiede oggi occorre quindi una valutazione caso per caso dell'intensità degli stati emotivi e passionali rispetto al reato e del modo in cui essi si manifestano nel soggetto.

Anche di fronte ad una interpretazione meno restrittiva sulla irrilevanza degli stati emotivi e passionali, la disciplina di quest'ultimi stride con l'ordinamento attuale e le mutate esigenze alla sua base. Non è infatti più giustificabile l'esigenza generalpreventiva del legislatore degli anni '30 in base alla quale tutti devono resistere ai propri impulsi, poiché non si può pretendere da chiunque la stessa capacità di autocontrollo; tutto ciò è contrario alla moderna esigenza di personalizzare, quanto più possibile, il rimprovero penale. Un altro forte contrasto è quello che la disciplina in esame presenta rispetto al principio generale dell'art. 85 c.p. secondo cui

¹⁰⁹ A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind pen.*, 2005, p.512

¹¹⁰ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 2005, §323

ciò che conta è la reale situazione psichica del soggetto al momento del fatto, a prescindere dalla sua causa, sia essa patologica o meno. Il problema potrebbe però essere risolto facendo rientrare gli stati non patologici, ossia quelli non ricompresi dalla giurisprudenza nell'ambito degli artt. 88 e 89 c.p., ma particolarmente gravi « fra le cause atipiche di esclusione o diminuzione della capacità di intendere di volere, facendole rilevare [...], direttamente ai sensi del principio generale consacrato nell'art. 85 c.p. ...»¹¹¹. La bontà della soluzione è supportata anche dalla convinzione, sempre più diffusa nella comunità psichiatrica, che la sfera affettiva sia intimamente collegata alla sfera intellettuale e volitiva e, di conseguenza, appare ingiusto escludere l'incidenza degli stati emotivi e passionali sulla capacità d'intendere e di volere senza un concreto accertamento che dovrà riguardare «qualsiasi aspetto della coscienza, compresa la sfera emozionale-affettiva dell'agente»¹¹².

L'idoneità degli stati emotivi e passionali ad incidere sulla capacità di comprensione e di agire conseguentemente della persona troverebbe un'ulteriore conferma nei risultati ottenuti dagli esperimenti sui neuroni a specchio effettuati attraverso l'utilizzo delle tecniche di *neuroimaging* e della risonanza magnetica funzionale, di cui abbiamo già parlato nel paragrafo dedicato alle neuroscienze. Grazie a tali strumenti si è osservato come nel soggetto preso in esame venivano ad attivarsi delle specifiche aree cerebrali quando si trovava ad osservare un'altra persona sia all'atto di ingerire una sostanza che egli sapeva essere maleodorante, sia alle conseguenti espressioni di disgusto dell'altro soggetto¹¹³; tutto ciò vale anche per altre emozioni più forti quali amore o dolore. I risultati sono stati così

¹¹¹ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.94

¹¹² Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale* II art. 85-149, cit., p.50

¹¹³ In tal senso Merzagora, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, cit., p.189

incoraggianti da spingere gli scienziati a ritenere possibile, se non probabile, che la comprensione e l'empatia per gli stati emotivi altrui possa dipendere da «un meccanismo a specchio in grado di codificare l'esperienza sensoriale direttamente in termini emozionali»¹¹⁴. Vi sono alcune tipologie di soggetti che, a causa di una anomalia o lesione, non sono in grado di empatizzare nei confronti di un altro individuo, nè di provare compassione e neppure di decifrare, attraverso i neuroni a specchio, le emozioni altrui. Cos'è che allora impedisce di considerare anche queste situazioni quando si parla di infermità? L'esclusione degli stati emotivi e passionali risulta discutibile soprattutto pensando all'attuale concetto di infermità aperto a tutta una serie di nuovi disturbi che mai sarebbero stati ammessi in base al vecchio criterio medico-nosografico.

L'aprioristico divieto imposto dall'art.90 c.p. assolve una funzione essenzialmente pedagogica, l'unica che giustifichi la permanenza della norma all'interno dell'ordinamento. In un panorama ormai dominato dalla scienza e dalle sensazionali scoperte sulla mente e il cervello umano, le quali hanno messo a nudo, anche se la strada da fare è ancora molta, i meccanismi e le connessioni alla base della capacità d'intendere e di volere, bisogna chiedersi se sia ancora opportuno che la scelta pedagogica operata dal legislatore prevalga rispetto al dato naturalistico e scientifico il quale dimostra che la capacità d'intendere e di volere possa venir meno anche a causa di processi emozionali e non solo patologici.

A tale domanda sembrano rispondere i due progetti di riforma del codice penale, Pagliaro e Riz abolendo l'art.90 c.p. e conferendo allo stato emotivo la veste di circostanza attenuante. Entrambi covengono sull'utilizzo della medesima formula legislativa e prevedono, rispettivamente agli artt. 22 e 62 che «l'aver commesso il reato in presenza di uno stato emotivo

¹¹⁴G. Rizzolatti, C. Sinigaglia, *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni specchio*, Milano, 2006, p.177

particolarmente intenso, che proporzionato alla situazione che la determinato, è indice di una minore riproverabilità» costituisce un'attenuante. Anche se le critiche non sono mancate a proposito dell'eccessiva apertura che il legislatore della riforma avrebbe determinato nei confronti dei condizionamenti di tipo emotivo, è da apprezzare lo sforzo fatto per delimitare la loro rilevanza giuridica attraverso la previsione di due requisiti: l'intensità dello stato e la capacità di rivelare un minor grado di colpevolezza del soggetto autore del reato¹¹⁵. Riguardo al primo dei requisiti tuttavia bisogna fare un appunto: «proprio la richiesta della particolare intensità dello stato emotivo già per la rilevanza quale circostanza attenuante, rende difficilmente immaginabile uno stato ancora più intenso, sì da poter integrare una causa di limitazione o di esclusione dell'imputabilità»¹¹⁶.

Oltre al riconoscimento del dato naturalistico, la modifica in questione pone un'argine alla negativa tendenza registrata in ambito peritale di tener conto, nonostante l'espresso divieto legislativo, degli stati emotivi e passionali ai fini del giudizio di imputabilità, facendoli rilevare alla stregua di un'infermità vera e propria; «il perito è però costretto a ricorrere a falsità ideologiche o bizantinismi dialettici per conferire dignità di malattia a quegli stati emotivi e passionali così sconvolgenti da poter essere assimilati [...] ad una condizione che di fatto riduce la capacità inibitoria e l'accertamento del reale, quanto può farlo una malattia mentale»¹¹⁷, mentre nei progetti di riforma tale risultato viene raggiunto con la valorizzazione

¹¹⁵ In tal senso M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p. 140

¹¹⁶ A. Manna, *Imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.1321

¹¹⁷ I. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, cit., p.93

del dato naturalistico e l'abbandono di qualsiasi pretesa pedagogica nei confronti dei consociati.

In questo senso, anche il Progetto Grosso propone una modifica, seppur meno radicale, dell'attuale disciplina, quando ammette che «stati momentanei di profondo disturbo emotivo» possono incidere sulla capacità d'intendere e dunque escludere un «ragionevole rimprovero di colpevolezza»¹¹⁸. Alle preoccupazioni relative alla tenuta generalpreventiva della disciplina così costruita, il Progetto oppone la scelta di delimitare la rilevanza dello stato emotivo solo alle situazioni individuabili chiaramente come abnormi.

Il Progetto Nordio invece non fa alcuna menzione degli stati emotivi e passionali. Si deve però concludere ragionevolmente per l'esclusione della loro rilevanza come cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità visto il carattere esplicitamente tassativo di quest'ultime.

8. Imputabilità e vizio di mente nei progetti di riforma del codice penale

Da molti anni ormai si avverte la pressante necessità di riformare il codice penale, causa i numerosi e radicali cambiamenti intervenuti sul contesto sociale italiano dal 1930 ad oggi. I tentativi finora fatti sono risultati infruttuosi e di conseguenza il legislatore si è limitato ad intervenire casisticamente, determinando la perdita di compattezza e centralità del codice penale. Fra i temi più delicati che i progetti di riforma hanno dovuto affrontare si colloca indubbiamente quello dell'imputabilità, in particolare nel suo rapporto con il vizio di mente e il concetto d'infermità. Risulta utile e interessante quindi vedere come il legislatore nei diversi progetti abbia rielaborato questi problematici istituti e se sia riuscito ad eliminare i loro punti deboli, almeno in parte.

¹¹⁸ *Realzione al Progetto preliminare di riforma del codice penale*, settembre 2000

Il primo, in ordine di tempo, è il disegno di legge elaborato da una commissione presieduta dall'allora Guardasigilli Vassalli meglio noto come Progetto Pagliaro, ultimato nel 1992. Il Progetto in un unico articolo rubricato «Imputabilità. Casi di esclusione» prevede che: «escludere l'imputabilità nei casi in cui, al momento della condotta, il soggetto: era minore degli anni 14 ovvero, se maggiore degli anni 14 minore degli anni 18, non aveva la capacità di intendere o di volere; era per infermità o per altra anomalia o cronica intossicazione da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere; era, per ubriachezza o per l'azione di sostanze stupefacenti derivata da caso fortuito o forza maggiore, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere; era, per altra causa, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere. Nei casi suddetti, se la capacità di intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, diminuire la pena». La nuova formulazione ha l'indiscutibile merito di superare «lo scoglio della identificazione della infermità, posto che questa diviene un presupposto non più obbligatorio per il vizio totale o per quello parziale»¹¹⁹. Infatti accanto all'infermità è introdotta la nuova figura dell'anomalia psichica, chiaro segnale della volontà di ricomprendere nel novero delle cause rilevanti ai fini della inimputabilità anche i disturbi della personalità e del carattere di natura non patologica, dato ormai per assodato dalla storica sentenza Raso. La previsione sembra ispirarsi al codice penale tedesco che al paragrafo 20 prende in considerazione le «altre gravi anomalie»; la differenza con la normativa tedesca sta nel fatto che il Progetto non richiede il requisito della gravità per poter considerare l'anomalia rilevante penalmente. Il problema è, tuttavia, relativo poiché «dovrebbe ormai essere chiaro come qualsiasi allocuzione terminologica,

¹¹⁹ G. Ponti, *L'imputabilità nel progetto di legge delega per la riforma del codice penale*, in *Rass. it. crim.*, 1993, p.103

sia essa la “gravità” o il “valore di malattia” o altro, si riveli nella pratica una formula vuota da riempire e svuotare a piacimento»¹²⁰. A chiudere il comma 1 dell’articolo vi è la nuova previsione dell’«altra causa» che riesca ad escludere o diminuire la capacità d’intendere e di volere. La dizione è fin troppo vaga ma l’intento è da approvare: dare espresso riconoscimento all’ormai indiscusso orientamento giurisprudenziale che considera le cause di esclusione o diminuzione dell’imputabilità non tassative. La disciplina del Progetto Pagliaro tende «a far coincidere il più possibile l’imputabilità dichiarata con la capacità naturalistica di intendere e di volere»¹²¹, mostrandosi più rispettosa del principio di colpevolezza di quanto lo sia la normativa attuale. La principale critica mossa alla disciplina del progetto consiste nel notevole allargamento del contenuto del vizio di mente, motivo di timore per chi ritiene che ciò possa costituire un eccessivo allontanamento dall’obiettivo di certezza giuridica a cui la normativa penale, in particolare, dovrebbe puntare. In realtà, se di certezza giuridica si ha bisogno, la disciplina in vigore non offre certo delle soluzioni rassicuranti. Il concetto di infermità, come illustrato nei precedenti paragrafi, ha dato luogo a soluzioni interpretative di vario genere, risultando estremamente difficile trovare un punto d’accordo circa il suo reale contenuto. Per quanto le incertezze persistano nel Progetto Pagliaro non si può non condividere la decisione della commissione di dare un taglio netto alle presunzioni assolute di irrilevanza del disturbo mentale sulla capacità d’intendere e di volere, nei cui confronti la giurisprudenza e la dottrina recenti si mostrano sempre più insofferenti.

Il successivo tentativo di riforma è la proposta del disegno di legge Riz del 1995 il quale all’art. 83 prevede che «non è imputabile chi, nel momento in

¹²⁰ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive.*, Cit., p.129

¹²¹ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive.*, Cit., p.130

cui ha commesso il fatto, era, per infermità o per gravissima anomalia psichica, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere»; e alla stessa maniera disciplina nell'articolo seguente il vizio parziale di mente. La distinzione tra le due tipologie di vizio di mente risiede nella diversa intensità dell'anomalia psichica: gravissima in quello totale, grave in quello parziale. L'aggiunta del requisito risponde alle critiche mosse al Progetto Pagliaro di non aver delimitato in alcun modo il concetto di anomalia psichica, rischiando però, allo stesso tempo, di causare il problema opposto, ossia di restringerne eccessivamente il campo di applicazione. Inoltre come riuscire a distinguere tra anomalia grave e gravissima? Gli esperti *in primis* giudicano con sfavore tale distinzione poiché lascerebbe ingiustamente fuori i disturbi c.d. moderati¹²².

Nel 2000 vede la luce il progetto di riforma Grosso che recita all'art.96 «non è imputabile chi, per infermità o per altra grave anomalia..., nel momento in cui ha commesso il fatto, era in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione». Il legislatore rinuncia ad una definizione in positivo dell'imputabilità e costruisce il sistema sulle condizioni che la escludono o diminuiscono¹²³.

Una novità è rappresentata dalla introduzione, accanto all'infermità, di un concetto nuovo e altrettanto aperto: la grave anomalia. Questa nuova previsione «renderebbe più sicura la strada per una possibile rilevanza, quali cause di esclusione dell'imputabilità, di situazioni problematiche, come le nevrosi e le psicopatie, o stati momentanei di profondo disturbo

¹²² In tal senso, Introna, *Il progetto del nuovo codice penale: problematiche medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p.103 ss.

¹²³ In tal senso, D. Pulitanò, *Problemi di riforma della disciplina dell'imputabilità*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002, p.216

emotivo»¹²⁴. Il Progetto opta per un modello aperto di infermità che permetta di adeguarne il significato e la portata al sapere scientifico più moderno e condiviso, essendo noti gli svantaggi di utilizzare riferimenti troppo rigidi.

Per quanto sia encomiabile il tentativo di una normazione più flessibile e più estensiva, la sua realizzazione concreta ha sollevato diverse critiche. La preoccupazione principale riguarda le eccessive aperture che il riferimento dell'anomalia, accanto a quello altrettanto generico di infermità, può comportare; occorre «tenere presenti sì le esigenze di verità della scienza, ma anche quelle di certezza del diritto»¹²⁵, messe oggi, più che mai, a repentaglio. La necessità che l'anomalia incida, per essere rilevante, sulla capacità di comprendere l'illiceità del fatto e agire in conformità pone al riparo da eccessive aperture, anche se solo in parte. Ad esempio basterebbe un'argomentazione particolarmente convincente da parte di un esperto rinomato affinché il rischio di un immotivato proscioglimento si faccia più concreto. Inoltre nessuna pratica utilità contenitiva si rinviene nel requisito di gravità che accompagna l'anomalia, poiché non si comprende come debba essere misurata la gravità e quando essa, dal punto di vista medico, si possa dire raggiunta. Il termine anomalia presenta quindi un significato davvero equivoco, molto più che l'attuale termine infermità.

Occorre però registrare come la tendenza prevalente del diritto penale moderno sia a favore di un modello aperto di normazione, anche a fronte dell'elevato grado di incertezza che l'adozione del medesimo comporta. Per avere conferma di ciò, possiamo considerare come la disciplina dell'imputabilità sia stata innovata nei paesi in cui, in tempi recenti, è stato emenato un nuovo codice penale. Il codice penale spagnolo tra le cause di

¹²⁴ Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit., p.850

¹²⁵ I. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico, in imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.75

esclusione dell'imputabilità prevede all'art. 20 «*cualquier anomalia o alteracion psichica*», ossia qualsiasi anomalia o alterazione psichica. In Francia, il nuovo codice del 1994 prevede, sempre tra le cause di esclusione dell'imputabilità, all'art. 122 «*trouble psychique ou neuropsychique*», ossia problemi, o meglio, turbamenti psichici o neuropsichici. Anche il codice penale sloveno si muove su queste direttive facendo rilevare ai fini della esclusione di responsabilità l'infermità mentale o i disturbi psichici di carattere temporaneo, uno sviluppo psichico imperfetto e, come clausola residuale, le anomalie psichiche, a patto che siano gravi e permanenti.¹²⁶

Il riferimento alla capacità d'intendere e di volere è sostituito dalla possibilità di comprendere l'illiceità del fatto e di poter agire in conformità a tale comprensione; è questa una specificazione che il legislatore riprende dall'esperienza tedesca e, prima ancora, portoghese o spagnola. Anche su questo punto le critiche non sono mancate visto che in questo modo la norma sembra richiedere una comprensione del fatto in relazione alla norma giuridica violata, ossia da un punto di vista strettamente giuridico. Per evitare un'interpretazione eccessivamente restrittiva delle situazioni di incapacità sembra preferibile «richiedere qualche cosa di meno sofisticato sotto il profilo giuridico, e cioè la possibilità di comprendere il significato o le conseguenze dannose del comportamento realizzato»¹²⁷, in base ad una visione del comportamento criminoso meno giuridica e più fattuale.

Nel 2001 il testo approda alla sua forma finale con alcune modifiche. La grave anomalia psichica viene sostituita dall' «altro grave disturbo di personalità», per adeguarsi alle più moderne convinzioni della scienza psichiatrica, «che ha rivendicato la utilizzazione della più scientifica

¹²⁶ In tal senso M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, cit., p.177

¹²⁷ G. Fiandaca, *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002, p. 204

definizione del termine “disturbo mentale”...»¹²⁸. Il disturbo della personalità tuttavia costituisce una specifica categoria diagnostica nel DSM e questo potrebbe portare alla immotivata esclusione di altri disturbi altrettanto rilevanti ma non rientranti tecnicamente nella categoria in esame. La giusta formula, al fine di evitare disparità ingiustificate potrebbe essere quella più ampia di «altro grave disturbo mentale» o «altro grave disturbo psichico»¹²⁹.

Un altro rilievo critico da poter muovere è il riferimento alla gravità del disturbo, una formula troppo vaga per poter essere di qualsiasi utilità. Le scienze psichiatriche e psicologiche non sono attualmente in grado di offrire un criterio di valutazione sicuro e, soprattutto, efficace della gravità che rischia così di diventare un ulteriore elemento d’incertezza nel giudizio sul vizio di mente.

La comprensione dell’illiceità lascia il posto alla comprensione del significato del fatto, come suggerito dalla stessa giurisprudenza di fronte alla formula della prima stesura del progetto. La capacità d’intendere e di volere viene dunque misurata rispetto al contenuto significativo del fatto, riferimento mutuato dalla formula tedesca *das Unrecht*, che evidenzia il contenuto di ingiustizia, di offesa riconoscibile dal soggetto ad interessi pubblici o privati¹³⁰. Il riferimento al «significato del fatto» non è però privo di risvolti problematici ed incerti; ad esempio, non è chiaro se l’assunto si riferisca ad una comprensione della realtà naturalistica da un punto di vista esclusivamente cognitivo, oppure se oltre alla cognizione debba intervenire la valutazione del fatto tenendo conto anche degli aspetti sociali e culturali. Attualmente, sembra difficile o comunque improbabile,

¹²⁸ Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit., p.850

¹²⁹ M Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressivo in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 863

¹³⁰ In tal senso Pulitanò, *La disciplina dell'imputabilità*, cit., p.251

ipotizzare una situazione pratica in cui la comprensione del fatto sia completamente slegata dalla percezione della sua illiceità, ma per fugare qualsiasi dubbio a tal proposito sarebbe auspicabile un confronto tra diritto penale e psichiatria di modo da poter verificare se alle distinzioni categoriali operate dal primo corrispondano altrettanti stati mentali differenziabili sul piano empirico¹³¹.

L'articolato finale del Progetto Grosso si dimostra estremamente valido e innovativo, tranne che per le problematiche legate immancabilmente ad un modello aperto dei disturbi psichici rilevanti: a) una stretta dipendenza dal sapere extragiuridico, con il rischio di privilegiare il momento diagnostico a discapito di quello normativo, b) un facile ridimensionamento o distorsione della riforma legislativa ad opera dei giudici a seconda di un'interpretazione maggiormente restrittiva o estensiva. Tuttavia, un innegabile punto di forza da segnalare, è rappresentato dal ruolo centrale che il nesso tra infermità e fatto concreto assume alla luce della necessità di comprensione del significato di quest'ultimo, anticipando sul punto la pronuncia delle Sezioni Unite di svariati anni.

Successivamente, prendiamo in considerazione il Progetto Nordio del 2004, che allo stato è possibile conoscere solo nel suo testo provvisorio e non ufficiale. All'art. 48 è previsto che «nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se nel momento della condotta costitutiva non aveva, per infermità, la capacità di intendere di volere, sempre che il fatto sia stato condizionato dalla incapacità. Agli effetti della legge penale la capacità di intendere di volere è intesa come possibilità di comprendere il significato del fatto e di agire in conformità a tale valutazione». L'infermità torna ad essere l'unico riferimento normativo come nell'attuale testo legislativo. Si è preferito evitare altri riferimenti per le indubbe difficoltà

¹³¹ In tal senso Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, p.261

definitorie insite in allocuzioni così generiche e indefinite come anomalia o disturbo. Dalla lettura della relazione di accompagnamento si evince la volontà del legislatore di restringere il campo dei disturbi rilevanti richiedendo inoltre un ancoraggio alle acquisizioni classiche e quindi più sedimentate della psichiatria¹³². A fronte di una maggiore certezza giuridica rispetto alla formula aperta del Progetto Grosso, la norma in esame segna un passo indietro rispetto al concetto di infermità penalmente rilevante, come si è evoluto grazie alle diverse pronunce giurisprudenziali e alle scoperte della psichiatria fino ad oggi, per la sua dimensione eccessivamente restrittiva e scarsamente preoccupata, di conseguenza, del rispetto del principio della colpevolezza. Da apprezzare è il riferimento alla necessità di un nesso eziologico tra fatto ed incapacità, ritenuto elemento essenziale già un anno prima della pronuncia delle Sezioni Unite che ne hanno sancito nel 2005 l'indispensabilità. Nonostante la bontà della previsione, essa mal si sposa con un concetto eccessivamente ristretto dei disturbi mentali che limita irrimediabilmente la portata innovativa del requisito eziologico.¹³³

L'ultimo tentativo di riforma è avvenuto nel 2007. Una commissione presieduta da Giuliano Pisapia ha presentato uno schema di disegno di legge recante delega legislativa al governo per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale. Il progetto si esaurisce in una semplice bozza a cui il Governo non ha dato seguito. In tema di imputabilità l'art. 22 recita: «Prevedere che:

¹³² In tal senso, M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento, prospettive.*, cit., p. 138

¹³³ In tal senso, A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, p.235

- a) non sia punibile chi ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato, se nel momento in cui l'ha commesso non era imputabile; non sia imputabile chi non ha la capacità di intendere o di volere;
- b) la capacità di intendere o di volere sia esclusa quando l'agente non era in grado di comprendere il significato del fatto o comunque di agire secondo tale capacità di valutazione;
- c) Siano considerate causa di esclusione dell'imputabilità: infermità, i gravi disturbi della personalità..., se rilevanti rispetto al fatto commesso...».

Il progetto ripropone la definizione di imputabilità attraverso il riferimento alla capacità d'intendere e di volere per poi chiarire alla lettera b) quando quest'ultima sia esclusa: quando non si sia in grado di comprendere il significato del fatto e di agire conseguentemente. La formula è pressoché identica a quella dell'articolato finale del Progetto Grosso, evidenziando così la bontà di una scelta che faccia dipendere la capacità in questione dalla realtà fattuale vissuta dal singolo individuo. Una novità di questo progetto è rappresentata dall'inclusione, accanto alla classica infermità, dei gravi disturbi di personalità, specificando però il requisito della rilevanza rispetto al caso concreto. La commissione, in effetti, si è limitata ad includere nel dettato normativo un principio già espresso nel 2005 dalle Sezioni Unite, ma l'utilità di un'enunciazione espressa nel codice è innegabile, non fosse altro che per la sua maggiore vincolatività.

9. Prospettive future in tema di imputabilità

Abbiamo visto finora come l'imputabilità, specialmente nel suo rapporto con il vizio di mente sia una fra le discipline più incerte e controverse dell'intero sistema penale. La scelta di un metodo normativo per

l'accertamento dell'imputabilità è considerata tutt'ora estremamente valida, come testimoniato anche dal suo utilizzo in tutti i progetti di riforma del codice. Non sono trascurabili però le diverse lacune che tale scelta presenta:

- a) l'impossibilità di soddisfare «le esigenze di certezza del diritto e di uniformità del trattamento. Lo sganciamento infatti dal substrato empirico di una categoria che affonda in primo luogo le sue radici nell'empiria, per affidarla a parametri di giudizio esclusivamente normativo-valutativi...»¹³⁴risulta inadeguata a garantire un'uniformità nelle pronunce dei giudici sul tema;
- b) il concetto d'infermità nella sua accezione naturalistica non è facilmente individuabile né univocamente definibile.

In questo modo, il principale rischio è quello di violare il principio costituzionale di legalità e, in particolare, quello di tassatività della fattispecie penale. La situazione normativa risulta incompatibile con i principi costituzionali specialmente con riferimento alla disciplina del vizio di mente all' art. 88 ss. nella quale l'infermità, da riferimento naturalistico diventa normativo, risultando inevitabilmente carente di determinatezza e concretezza.

Di fronte a tutte queste problematiche, in Italia ci si interroga su come poter conciliare la disciplina dell'imputabilità, in primo luogo, con il dettato costituzionale e, in secondo, con le nuove esigenze del diritto e della psichiatria, le quali richiedono un accertamento quanto più individualizzato e concreto lontano da parametri valutativi del tutto astratti e presuntivi. Ci sono però anche delle voci che si levano per lamentare l'inutilità, in un moderno sistema penale, di una categoria così sfuggente ed empiricamente indimostrabile come l'imputabilità, e per proporre, di conseguenza,

¹³⁴ Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.598

l'abolizione. L'indirizzo abolizionista ha cercato un approdo normativo con il progetto di legge 177/1983. La soluzione proposta dal disegno di legge in esame è quella provocatoria di abolire la nozione stessa di incapacità di intendere e di volere nei confronti del malato di mente, dichiarandolo quindi imputabile. La presunta imputabilità del soggetto che soffre di disturbi psichici è dovuta al fatto che si ritiene che egli possa disporre di una certa porzione di libertà, necessaria e sufficiente a dominare il proprio comportamento. Nella fase dell'accertamento il reo sano e il reo malato di mente vengono equiparati divenendo entrambi pienamente responsabili. Nella fase esecutiva anche l'infermo mentale subisce la pena, ma diminuita, la quale presenta anche eventuali risvolti terapeutici e assistenziali nel caso al soggetto vengano diagnosticati disturbi a livello psichico. In tal senso si è pronunciato anche il noto criminologo Uberto Gatti¹³⁵, secondo cui la malattia mentale andrebbe considerata al pari dei fattori socioambientali, rilevante quindi ai soli fini di una pena attenuata; ciò di cui dubita Gatti è, precisamente, la maggiore forza cogente della malattia rispetto ad altri tipologie di condizionamenti: le emozioni, le passioni, la suggestione della folla in tumulto, la provocazione¹³⁶. Le ragioni della mancata equiparazione dei fattori anzidetti potrebbero rinvenirsi nella minore comprensione che vi era una volta, e precisamente all'epoca dell'emanazione del codice, dei fattori biologici e patologici rispetto a quelli sociali o ambientali; da ciò discendeva una considerazione della malattia, e a maggior ragione quella mentale, alla stregua di un fenomeno inspiegabile e irresistibile.

Per quanto le più moderne tendenze in psichiatria affermino la necessità sociale di una, seppur minima, responsabilizzazione del malato mentale, il

¹³⁵ U. Gatti, V Seminario Nazionale per Professori italiani di discipline criminologiche, 1986

¹³⁶ In tal senso I. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, cit., p.81

dibattito secolare sul ruolo dell'imputabilità non può essere risolto da una «artificiosa e rigida affermazione di piena capacità di intendere e di volere»¹³⁷ che prescindendo completamente dalla realtà mentale dell'individuo. Bisogna inoltre chiedersi se la scelta abolizionista sia coerente con il sapere scientifico forense più attuale e se essa goda del diffuso consenso sociale senza il quale una riforma non può definirsi realmente valida. Rispetto al primo punto studi recenti hanno dimostrato come il requisito della libertà del soggetto costituisca un necessario discrimine in base al quale rapportarsi con il soggetto e con il comportamento che ha tenuto, anche quando ci si schieri a favore di «un contesto d'azione descritto come deterministico»¹³⁸. In merito al secondo punto, gli orientamenti attualmente prevalenti in campo penale insistono nell'attribuire un ruolo fondamentale alla categoria dell'imputabilità, in quanto requisito essenziale per l'attribuzione di responsabilità in una qualsiasi società che possa definirsi civile e garantista, improntata al perseguimento di esigenze socialpreventive, ossia tenendo principalmente conto della dimensione strettamente personalistica dell'individuo e del suo agire.

A metà strada, si colloca l'indirizzo parzialmente abolizionista. Uno dei suoi maggiori sostenitori è Giuliano Ponti che, in linea con la moderna visione del malato mentale meno alienato e più responsabile, propone l'abolizione definitiva del solo vizio parziale di mente, a causa dell'eccessiva discrezionalità sottesa al suo accertamento, e il mantenimento del vizio totale solo per i casi estremi come il coma, i ritardi mentali di massimo grado o la perdita di coscienza per l'utilizzo di sostanze: tutte «condizioni in cui è perduta o grandemente compromessa la possibilità di partecipare alla realtà, il che, tra l'altro, è ben raramente

¹³⁷ Bandini, Gatti, *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 353

¹³⁸ Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, cit., p.923

compatibile con la commissione di atti richiedenti consapevolezza e finalismo, quali sono i reati»¹³⁹.

Al di là della scelta abolizionista, eccessivamente drastica e inaccettabilmente in contrasto con il principio costituzionale di colpevolezza il quale, come abbiamo visto, richiede il requisito della capacità d'intendere e di volere a dispetto di quante problematiche ne possano derivare, ormai tutto il panorama giuridico-penale si è reso conto dell'insufficienza ed inadeguatezza dei concetti di imputabilità e di vizio di mente così come oggi vengono concepiti. La strada verso una riforma che potesse modificare l'imputabilità da un punto di vista sostanziale si è rivelata un vicolo cieco; le modifiche suggerite infatti non hanno determinato il salto di qualità che ci si aspettava rispetto all'attuale impianto codicistico e i problemi legati alla disciplina non vengono superati. La ragione di ciò è da ricercare, probabilmente, nella vera causa della crisi del concetto di imputabilità, rappresentata non dalle carenze del metodo di normazione in sé, ma dalla compresenza di elementi giuridici ed elementi empirici, di scienza giuridica e scienze sociali, che fanno della capacità d'intendere e di volere e dell'infermità riferimenti estremamente vaghi e difficili da valutare nella realtà. L'accertamento di requisiti normativi passa attraverso un'indagine degli stessi in chiave naturalistica, richiedendo quindi uno stretto rapporto tra realtà fra loro molto diverse: il diritto e la psichiatria. La chiave del problema sta nell'individuare il ruolo che queste due realtà devono ricoprire in una dimensione concreta, di modo da evitare sovrapposizioni ed intralci. La partita del rivalutazione dell'imputabilità si gioca, allo stato attuale delle cose, più che sul piano sostanziale, su quello processuale e probatorio. Difatti una delle critiche più aspre della moderna psichiatria alla categoria dell'imputabilità si dirige più specificamente

¹³⁹ G. Ponti, *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, A. Ceretti, I. Merzagora Betsos (a cura di), Padova, 1994, p.1 ss.

all'eccessiva discrezionalità del suo accertamento giudiziale, «discrezionalità che rasenterebbe addirittura l'arbitrio nel caso della verifica della seminfermità»¹⁴⁰.

¹⁴⁰Fiandaca, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, p.260

Capitolo III

Diritto e psichiatria nella pratica giudiziaria

1. L'accertamento del vizio di mente: limiti e prospettive della perizia psichiatrica

Il giudizio sull'imputabilità, come è noto, è strutturato su due livelli: un livello empirico ed un livello normativo. In base al primo, l'esperto deve verificare la presenza o meno di un disturbo o di un'infermità nel soggetto imputato per poi presentare le sue risultanze e il suo parere al giudice, il quale deve invece decidere se il disturbo eventualmente accertato abbia concretamente influito sulla capacità d'intendere e di volere al momento della commissione del fatto. Il giudizio nel suo complesso si presenta estremamente difficile poiché non è sufficiente il sapere giuridico del giudice, bensì anche il sapere scientifico di un esperto, generalmente psichiatra o psicologo, chiamato a fornire un parere personale che possa aiutare il giudice nella decisione finale. Al fine di un corretto giudizio, i due livelli del giudizio di imputabilità, quello diagnostico e quello valutativo devono combinarsi armonicamente senza cercare di prevalere sull'altro, come anche i ruoli dei soggetti preposti ad essi, non devono confondersi ma integrarsi reciprocamente senza sovrapposizione dei rispettivi contributi.

I rapporti tra giudice e perito sono cambiati molte volte nel corso del tempo. Ai tempi dell'utilizzo del criterio medico-nosografico della malattia la perizia veniva utilizzata solo in caso di un'anormalità conclamata del soggetto, ossia in presenza di una palese malattia nosograficamente inquadrata; «la perizia era dunque, una sorta di prova legale, frutto di un accertamento abbastanza semplice e stereotipato, nonché priva di ogni

carattere terapeutico e criminologico»¹. Nella prassi giudiziaria «il ruolo del perito era riduttivamente teso all’etichettamento del periziando [...]; tale ruolo veniva ovviamente agito al di fuori di ogni implicanza di carattere terapeutico e criminologico»². La situazione è diventata sempre più complessa con l’avvento dei nuovi paradigmi di spiegazione della malattia mentale che hanno disorientato non poco la giurisprudenza, principalmente a causa della mancanza di riferimenti costanti nei pareri psichiatrici forniti. La psichiatria forense, d’altro canto, si trova «in una condizione di estraneità e di disagio nel sistema penale ed in uno stato di emarginazione nei confronti della Psichiatria clinica; la quale, in virtù di un impegno di prevenzione e di cura, [...] tende a rifiutare qualsiasi incombenza di controllo sociale nei confronti dei portatori di disturbi psichici»³. Tale disorientamento è inoltre aggravato dalla «rassegnata presa dato che la psichiatria odierna non è in grado di distinguere con sicurezza e precisione tra sanità e infermità, e di conseguenza, di valutare esattamente i presupposti della capacità di intendere di volere dei portatori di disturbo mentale»⁴. Tutto ciò suggerisce serie riflessioni sul ruolo del perito e sull’utilità del suo apporto al processo penale. Sul punto, si sono formati due orientamenti di consistente importanza di cui, però, è facile contestare l’eccessiva rigidità. Il primo esalta la figura della perizia a tal punto da ritenere opportuno che essa venga estesa a tutti gli imputati, sulla base della criticabile affermazione che il soggetto è malato in quanto criminale,

¹ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p.1172

² F. De Fazio, S. Luberto, *La prassi della perizia psichiatrica, in imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, G. Canepa, M.I. Marugo (a cura di), Padova, 1995, p. 109

³ F. De Fazio, S. Luberto, *La prassi della perizia psichiatrica*, cit., p. 107

⁴ Fiandaca, *L’imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, cit., p.260

contravvenendo però al divieto di perizia criminologica o psicologica sancito dall'art. 220 secondo comma, c.p.p., e di cui si è tentata la reintroduzione con la proposta di legge del senatore Siniscalchi presentata alla Camera dei Deputati il 20 febbraio del 2002; il secondo, al contrario sostiene l'abolizione totale della perizia negando l'esistenza stessa di una malattia mentale rilevante ai fini penali e, di conseguenza, affermando una parificazione dei soggetti capaci e di quelli incapaci⁵.

La perizia trova il suo fondamento legislativo all'art. 220 ss. del codice di procedura penale ed è annoverato tra i mezzi di prova. L'articolo in questione, al primo comma recita: «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». Nella pratica consiste in un parere richiesto ad un esperto di una determinata materia, la cui conoscenza specifica esula dal sapere richiesto al giudice. La perizia psichiatrica quindi consiste in un mero parere tecnico, «poiché la scienza tutta la scienza non solamente quella psichiatrica, non fornisce verità, ma conoscenza, comprensione dell'accaduto, spesso solo tentativi di comprensione»⁶. Ecco quindi che il nodo cruciale diventa fin da subito il grado di affidabilità della scienza psicopatologica, specialmente con riguardo al suo utilizzo in diritto, ove le difficoltà si accrescono notevolmente. Il risultato della perizia può infatti variare in base a numerosi criteri: la qualifica professionale del perito, una visione più o meno ampia di infermità mentale, o l'insufficiente grado di scientificità dei risultati raggiunti con gli strumenti a disposizione degli esperti. Sui criteri di scientificità della prova ci soffermeremo più

⁵ In tal senso M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p. 151

⁶ F. Carrieri, R. Catanese, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p.29

avanti, essendo un ambito particolarmente complesso che richiede una trattazione approfondita.

Il primo problema da affrontare riguarda la scelta del perito. Il nostro ordinamento prevede che, sia le parti, sia il giudice, possano scegliere un esperto che coadiuvi il proprio percorso argomentativo con pareri di natura tecnica e scientifica: nel primo caso l'esperto sarà chiamato consulente d'ufficio, nel secondo invece, perito. La differenza non è solo terminologica poichè solo il perito dev'essere scelto da appositi albi professionali ed ha inoltre l'obbligo di dire la verità, mentre sui consulenti tecnici nulla specifica in merito il codice. Alcune perplessità peraltro sono state avanzate sull'affidamento esclusivo della scelta del perito al giudice in base alle quali, tale scelta codicistica minerebbe il grado d'indipendenza dello stesso giudice. Una soluzione in tal senso potrebbe essere quella di introdurre, come in Svezia, «procedure standardizzate di reclutamento dell'esperto psichiatra forense, che sottraggano al caso e all'arbitrio personale del giudice tale scelta»⁷. La scelta del perito in Svezia è affidata ad una specifica organizzazione psichiatrico-forense capace di assicurare una maggiore idoneità tecnico-professionale dell'esperto designato e una maggiore imparzialità nella distribuzione degli incarichi peritali. Sempre in tema di nomina del perito, una scelta opportuna sarebbe quella di disporre una perizia collegiale ogni qualvolta debba essere formulato un giudizio d'imputabilità. La natura multifattoriale della malattia mentale avrebbe bisogno, per essere compresa e, soprattutto, spiegata al giudice, del parere di periti dalla differente professionalità, così da evitare che il giudizio debba dipendere necessariamente dal singolo paradigma di volta in volta

⁷ M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 568

utilizzato, stando attenti però ad eventuali sovrapposizioni di ruoli⁸. Un importante effetto dell'adozione, per tutti gli accertamenti, della perizia collegiale sarebbe quello di rendere del tutto superflue le perizie di parte; la nomina del collegio peritale, pur spettante al giudice, verrebbe determinata anche da un vero e proprio contraddittorio fra le parti⁹.

Un'altra difficoltà insita nell'accertamento peritale riguarda lo sfasamento temporale fra il momento in cui il fatto è stato commesso e il momento dell'accertamento vero e proprio¹⁰. È la previsione normativa dell'art. 85 c.p. a richiedere la prova dell'incapacità al momento del fatto e, vista l'elevata probabilità che lo stato di infermità sia transeunte, occorre procedere con l'accertamento il prima possibile, utilizzando ad esempio lo strumento dell'incidente probatorio. Questa esigenza di rapidità, quando l'accertamento vada effettuato su di un soggetto, su cui si abbia solo un semplice sospetto, si scontra con il principio di innocenza dell'art. 27 Cost. o anche con il divieto di trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32 Cost. Una proposta avanzata in dottrina sul punto che riesce a conciliare le due esigenze sopra esposte consiste nel predisporre un processo penale su due fasi: nella prima si procede ad accertare la responsabilità del soggetto prescindendo completamente dall'imputabilità e nella seconda, una volta accertata la colpevolezza del soggetto si procede alla verifica dell'imputabilità, relegandone così l'accertamento alla fase meramente esecutiva¹¹. Procedendo in questo modo però vi è il forte rischio che il soggetto, per ottenere una sanzione meno pesante, simuli la malattia

⁸ In tal senso, Centonze, *L'imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.294

⁹ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p. 172

¹⁰ In tal senso M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p. 459 s.

¹¹ In tal senso Martucci, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p.745 ss.

mentale, enfatizzi i disturbi di cui, eventualmente già soffre o, addirittura contragga un'infermità psichica vera e propria¹². Rispetto a quest'ultimo punto possiamo pensare alle sindromi c.d. da indennizzo: il soggetto se solo pensa di aver avuto un qualsiasi problema in seguito ad una terapia medica o chirurgica, citano il medico curante o l'ospedale al fine di ottenere il risarcimento del danno, alcuni in buona fede, altri no.

Una soluzione più concreta, visto l'estrema complessità di un processo bifasico, è quella presente nel c.p.p. francese il quale prevede una perizia nella fase iniziale del processo i cui risultati però non sono utilizzabili dal giudice per attribuire la responsabilità del fatto all'imputato.

Anche la scelta del *setting* influisce su di una corretta valutazione peritale. Il luogo stabilito è il carcere poiché le esigenze procedurali prevalgono, nella maggioranza dei casi su quelle di cura, così determinando un incontro tra perito e periziando, almeno in prima battuta, «inautentico, coatto, artificioso»¹³.

Un ultimo, importante limite della perizia è connesso alle conseguenze sanzionatorie a cui vanno incontro i non imputabili. Si fa riferimento, naturalmente, agli Opg, strutture dalla natura carceraria più che terapeutica. Il problema, in verità, è stato ridimensionato con la legge 81/2014 per il definitivo superamento di tali ospedali con altre strutture, le c.d. REMS, luoghi di cure dislocati nel territorio italiano su base regionale. Nonostante ciò, la situazione delle misure di sicurezza in Italia rimane fortemente arretrata in quanto nessuna di esse assicura l'anteposizione delle esigenze terapeutiche a quelle custodialistiche. In altre parole, «sia che si escluda la pericolosità sociale per sottrarre i sofferenti psichici ad una struttura

¹² In tal senso T. Bandini, U. Gatti, *Psichiatria e giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, II, p.351

¹³ U. Fornari-Coda, *Deontologia e responsabilità in psichiatria e psicologia forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1177

ritenuta unanimemente antiterapeuta, sia che la si riconosca al solo scopo di non abbandonarli al loro destino, gli psichiatri forensi finiscono per falsare le proprie conclusioni, vittime di un fardello di responsabilità non più sopportabile»¹⁴.

Tutte queste problematiche, indubbiamente, accrescono il pericolo di una falsa perizia psichiatrica, «intendendo con questo termine una prestazione finalizzata non già al riconoscimento di un eventuale infermità o difetto psichico, bensì all'individuazione di situazioni pseudo-cliniche manipolabili per scopi tutt'altro che di giustizia»¹⁵. Addirittura, si ritiene che il parere tecnico espresso sull'imputabilità del soggetto equivalga ad un parere su di un dato metafisico e non scientifico, come tale irrimediabilmente vago e sfuggente¹⁶. Per scongiurare tale pericolo il perito necessita non solo di una adeguata preparazione clinica, ma anche di una adeguata preparazione giuridica che gli permetta di comprendere i giuridici quesiti peritali e, di conseguenza, di formulare risposte che siano comprensibili e, soprattutto, utili per il giudice.

Altre problematiche sorgono in relazione alle diverse impostazioni a cui il perito aderisce nello svolgimento del suo compito. C'è chi preferisce classificare, ossia «collocare una persona o una cosa in una classe, al fine di mettere ordine, di semplificare [...]. L'osservazione clinica ha lo scopo di cogliere sintomi e segni di un eventuale malattia, per riassumerli e contenerli [...] in una categoria convenzionalmente concordata»¹⁷. La

¹⁴ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p. 1181

¹⁵ M. Tantalò, A. Colafigli, *Per una formazione dello psichiatra forense. Riflessioni e proposte*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. I, 1994, p. 59

¹⁶ I. Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.77

¹⁷ U. Fornari, S. Coda, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002, p.52

classificazione porta a formulare una diagnosi, necessaria sia per l'accertamento della capacità sia per impostare una terapia. La diagnosi è di natura essenzialmente descrittiva e quindi si preoccupa della vera storia di vita del periziando solo nella misura in cui serve ad individuare ed inquadrare l'eventuale disturbo presente. C'è chi invece preferisce comprendere, ossia prescindere da categorizzazioni e generalizzazioni «per avvicinare la persona nella sua unitarietà ed irripetibilità fondamentali, per come si presenta all'Altro e si declina nel mondo»¹⁸. I due modi di procedere suddetti non sono antitetici tra loro. L'ascolto del soggetto e l'analisi della sua storia psichiatrica, e non solo, sono, in realtà, necessari ad una corretta diagnosi. Il classificare costituisce la parte statica della perizia che cerca di inquadrare il fatto alla luce delle categorie psicopatologiche, e il comprendere è la parte dinamica che cerca di dare al fatto un plausibile significato. Nell'impiego forense l'impostazione classica dell'accertamento peritale si basa principalmente sul classificare, anche se, si fa strada sempre più tra gli esperti l'esigenza di spostarsi verso una vera e propria comprensione del soggetto, privilegiando la tutela e la riabilitazione del medesimo piuttosto che la soddisfazione delle esigenze preventive tipiche del diritto.

2. I sistemi diagnostici

Il principale, e apparentemente insuperabile, limite dell'accertamento peritale e, in generale, della scienza psichiatrica e psicologica, è la mancanza di un metodo scientifico che possa assicurare un accertamento se non certo, almeno altamente probabile, dell'infermità mentale. Questo è dovuto a diverse ragioni. Ad esempio né i disturbi né i sintomi della

¹⁸ U. Fornari, S. Coda, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, cit., p.53

malattia mentale sono oggettivamente misurabili, tranne naturalmente quelli che possiedono un substrato organico o anatomico da cui abbiano avuto origine. Ancora, i dati ottenuti da un accertamento di natura quasi esclusivamente soggettiva come quello sull'imputabilità non sono falsificabili in quanto non riscontrabili nella realtà fenomenica. Queste problematiche sono da ricondurre all'oggetto stesso dell'accertamento: i processi mentali del singolo individuo che, in base alle attuali conoscenze, sono inaccessibili. La comunità psichiatrica ha cercato per tali motivi di rinvenire dei criteri, delle tecniche diagnostiche capaci di dare alla valutazione peritale un minimo di oggettivizzazione e di sicurezza nella classificazione ed nella interpretazione dei disturbi mentali.

Il più famoso ed utilizzato sistema diagnostico è indubbiamente il DSM, il manuale internazionale di psicodiagnostica più diffuso ed accreditato dell'*American Psychiatric Association*, attualmente giunto alla sua quinta edizione. Il manuale fornisce non solo un paradigma unico in base al quale spiegare la malattia ma anche un linguaggio comune che possa evitare fraintendimenti tra le diverse scuole di pensiero¹⁹. Con il DSM la scienza psichiatrica ha la possibilità di liberarsi delle numerose teorie che affollano e, soprattutto, confondono il panorama scientifico odierno, optando invece per un sistema ateoretico consistente nella semplice elencazione di una serie di sintomi e condotte sui quali basare le diagnosi, e che sono così riproducibili, controllabili e quindi comunicabili agli studiosi. Ciò porta alla individuazione di una teoria dominante, sulla base di una ricerca condivisa e affermata, che trasformi la scienza psichiatrica, attualmente multiparadigmatica, in una scienza normale, nell'accezione kuhniana del termine. Accanto all'ateoreticità, il manuale si caratterizza per essere diviso in categorie dei disturbi e sintomi e per essere privo di qualsiasi

¹⁹ M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., p. 550

organizzazione gerarchica del materiale clinico da utilizzare, organizzazione che invece era imprescindibile nella psicopatologia classica di cui lo psichiatra tedesco Karl Jaspers fù il principale fautore e sostenitore. Non essendo quindi valutabile il peso che i diversi elementi hanno sullo stato mentale del soggetto possono essere fornite differenti diagnosi nei confronti dello stesso soggetto poiché, in base al DSM, i diversi disturbi possono tranquillamente coesistere all'interno dello stesso individuo. Oltre a questo occorre registrare una tendenza del manuale a voler spiegare e categorizzare qualsiasi tipo di disturbo. Un esempio lampante in questo senso è il c.d NAS, ossia disturbo non altrimenti specificato, il quale funge quasi da clausola di chiusura volta a non permettere che anche un singolo disturbo non trovi il proprio posto all'interno del manuale, anche se non ne viene fornita alcuna reale spiegazione. In altre parole si rimprovera al DSM di aver ridotto «la nosografia psichiatrica ad un inventario rapsodico di quadri clinici privi di una autentica giustificazione epistemologica»²⁰. Nonostante ciò il manuale in esame rimane uno degli strumenti più validi e, per questo, utilizzati in psichiatria per l'individuazione di un disturbo mentale. La sua validità però esula dall'accertamento della capacità d'intendere e di volere legalmente intesa, essendo lo stesso manuale a sconsigliare l'utilizzo delle elencazioni proposte per scopi diversi da una diagnosi esclusivamente medica²¹. Un esempio di ciò è la presenza nel manuale della categoria del gioco d'azzardo patologico e della pedofilia: i due disturbi non rispettano certamente i criteri giuridici stabiliti in tema di infermità, ma sono stati inseriti per fini clinici e di ricerca. Di conseguenza, il giudice potrà indubbiamente giovare

²⁰ Giacobini, *Psicopatologia classica, e DSM: un dilemma epistemologico, clinico e didattico per la psichiatria contemporanea*, in www.pol.it, p.10

²¹ In tal senso M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1196

dell'ausilio del manuale per la comprensione del disturbo, ma non potrà utilizzarlo come unico appiglio scientifico per affermare l'esistenza di un'infermità nel senso legale del termine. Anche la Cassazione con la più volte citata sentenza Raso, considera il DSM una scelta valida solo in quanto elemento di supporto e non invece unico elemento di riscontro del disturbo mentale.

Attualmente, nell'ambito scientifico si è fatto strada un nuovo modello che prende il nome di SWAP-200 (*Shedler-Westen Assesment Procedure*), dal nome degli studiosi che lo hanno realizzato. Si tratta di un'opera davvero imponente ed autorevole, visto che vi hanno lavorato per circa sette anni più di 800 tra psicologi e psichiatri sorteggiati dai registri dell'*American Psychological Association*. Tale sistema «permette di formulare diagnosi non solo categoriali, ma anche dimensionali, sia sulla base dei criteri dell'asse II del DSM (disturbi della personalità), sia attraverso un'innovativa classificazione degli stili di personalità con nuove categorie diagnostiche che tengono conto dei più moderni studi e ricerche degli autori»²². Il vantaggio più importante che lo SWAP-200 presenta rispetto al DSM è quello di permettere una valutazione della gravità del disturbo, ossia l'incidenza di quest'ultimo sulla psiche del soggetto che ne è affetto. Questo ulteriore accertamento presenta degli indubbi vantaggi nel campo della psichiatria forense: «capire l'intensità del disturbo costituisce, infatti, la anello di congiunzione con la seconda fase del giudizio di imputabilità»²³.

A dispetto della loro grande diffusione la maggioranza degli studiosi mantiene un rigido atteggiamento di sfiducia nei confronti dei manuali

²² M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.24

²³ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p. 1198

diagnostici poiché essi manifestano «la crisi dell'attendibilità della nosografia, che tende a rivelarsi sempre più come una dimensione “economica” piuttosto che scientifica, nel senso che rappresenta uno strumento tanto indispensabile nella pratica clinica quanto fragile ed insufficiente sotto l'aspetto critico-interpretativo»²⁴, in altre parole essi non offrono sufficienti garanzie di scientificità, di cui la prova, nel processo penale, ha estremo bisogno.

Una parte del panorama psichiatrico attuale professa che per poter continuare ad avvalersi dei sistemi diagnostici in esame, ricavandone una concreta utilità, occorre affiancare alla diagnosi compiuta attraverso il DSM o lo SWAP-20, ulteriori criteri. Viene sì a delinearsi un vero e proprio procedimento che supera il semplice riferimento clinico-nosografico. Si inizia con la classica diagnosi clinico-descrittiva secondo i criteri dei sistemi diagnostici. Poi si procede con l'apprezzamento dell'organizzazione mentale prevalente nel soggetto, ad esempio nevrotica o psicotica. Utilizzando i dati raccolti in questo modo potrà essere formulata una valutazione psicodinamica dell'individuo che ponga in relazione la sua storia, il suo stato mentale ed i suoi comportamenti²⁵.

3. Il grado di scientificità della prova peritale: problematiche e soluzioni

Una volta che l'esperto abbia svolto la sua indagine diagnostico del disturbo mentale di cui si ritiene affetto il periziando, con l'ausilio dei manuali diagnostici oppure delle più moderne tecniche neuroscientifiche,

²⁴ M. Schiavone, *Riflessioni epistemologiche sull'eziologia della schizofrenia*, in, *Le cause della malattia. Un'analisi storica e concettuale*, E. Agazzi, C. Viesca (a cura di) Genova, 1999, p.554

²⁵ In tal senso M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit. 553

spetta al giudice, in quanto responsabile del secondo livello del giudizio sull'imputabilità decidere sulla responsabilità penale del soggetto. Tale decisione è però tutt'altro che semplice, visto che, quando si parla di disturbi mentali e, specialmente di disturbi della personalità, il giudice si trova di fronte ad un panorama di grande incertezza. Quest'ultimo, soprattutto nell'ambito di un contesto così evanescente e indefinito come quello dell'imputabilità, vorrebbe una prova scientifica forte che riesca ad individuare le forme di offesa in comportamenti empiricamente individuabili e suscettibili di un accertamento concreto; il principio di tassatività altrimenti ne uscirebbe eccessivamente indebolito. Per quanto gli psichiatri forensi ostentino sicurezza riguardo i risultati raggiunti, in realtà essi «operano senza il rigore metodologico e scientifico che esige il contesto del processo penale; le diagnosi [...] poi, pur essendo di norma caratterizzate dall'affidabilità (intesa come probabilità che due clinici indipendenti raggiungano la stessa diagnosi sul medesimo caso) [...], assai di rado potranno fregiarsi del crisma della validità (quindi dell'individuazione di adeguati e sicuri riscontri nella realtà)»²⁶. Il nocciolo del problema quindi può essere individuato nell'assenza di sicuri criteri di valutazione del contributo degli esperti, idonei a separare ciò che è scientifico da ciò che non lo è.

Una prima importante indicazione in tal senso proviene dalla nota sentenza Raso del 2005. La Suprema Corte richiede ai giudici di utilizzare, ai fini della decisione, solo le acquisizioni scientifiche «più aggiornate, più generalmente accolte, più condivise». Il criterio in esame si rifà ad una sentenza della Corte di appello federale del distretto della Columbia risalente al 1923 nel quale si precisava che i risultati scientifici ottenuti «devono aver raggiunto un tale grado di consenso da essere generalmente

²⁶ Centonze, *L'imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, cit., p.267

accettati nello specifico campo scientifico»²⁷. Questa impostazione presenta l'indiscutibile vantaggio di isolare «i tribunali dall'incessante progresso della scienza adottando un approccio conservativo che guarda solo al sapere scientifico sul quale vige un consenso generale»²⁸. Per quanto tale criterio provenga da una fonte più che autorevole, esso non sembra sufficiente soprattutto se consideriamo il contesto di operatività: il processo penale, nel quale vengono coinvolti diritti di eccezionale levatura, più che in ogni altra sede giuridica²⁹. Inoltre l'adesione a tale impostazione porterebbe ad una deferenza verso determinati settori professionali, avendo così riguardo principalmente della autorevolezza della fonte da cui proviene il parere scientifico, e non anche e soprattutto dei dati e delle risultanze a sostegno del medesimo nel caso concreto. Le Sezioni Unite inoltre precisano nella stessa sentenza che le eccezionali difficoltà probatorie riscontrate in questo campo, non possano comportare il sacrificio del fondamentale principio penale *in dubbio pro reo*, il quale richiede l'assoluzione dell'imputato ogni qual volta vi sia un ragionevole dubbio circa la colpevolezza del medesimo, e il giudizio di imputabilità non fa certo eccezione. Occorre precisare che per dubbio ragionevole vada inteso non un dubbio immaginario o fantasioso, ma un dubbio per cui i giudici «non possono dire di provare una convinzione incrollabile prossima alla certezza morale sulla verità dell'accusa»³⁰. Per la verità, ciò che «finora è mancato nella giurisprudenza italiana in tema di imputabilità è stato il coraggio di applicare la formula assolutoria di cui al secondo comma

²⁷ Frye v. United States, 293 F. (D.C cir.) 1923, p. 1013 ss.

²⁸ Centonze, *L'imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, cit., p.281

²⁹ In tal senso Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, 2003, p.466 ss.

³⁰ Definizione del codice penale dello Stato della California, par. 1096, commentata in Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, cit., p. 201

dell'articolo 530 c.p.p.»³¹. Infatti eventuali dubbi circa l'incapacità d'intendere e di volere sono stati risolti dalla giurisprudenza o attraverso l'affermazione dell'imputabilità del soggetto o attraverso la spesso abusata formula del vizio parziale di mente, a seconda le esigenze politico-criminali del caso concreto. Il problema di tutto ciò sta nella frequente ascientificità dei contributi peritali che obbligano il giudice, privo di una base empirica sicura, a ripiegare «su valutazioni di pura prevenzione generale o retributive a scapito di quelle di prevenzione speciale e di colpevolezza del fatto che impongono una risposta sanzionatorio modulata sulle reali condizioni del reo e dunque anche individualizzata al recupero»³². Tener conto anche di questi elementi porta tuttavia a sorprendenti quanto incoerenti conseguenze sul caso pratico. In un caso³³, il giudice, pur riconoscendo il vizio parziale di mente nell'imputato, lo ha condannato a trenta anni di reclusione. Il giudice ha deciso tenendo anche conto di un profilo di retribuzione morale e delle circostanze aggravanti inserite nel giudizio di bilanciamento di cui all'art.69 c.p. insieme al vizio parziale, che è pur sempre un'attenuante. Una decisione in tal senso, pur se corretta da un punto di vista formale, rivela tutta l'arretratezza dell'impianto codicistico attuale in tema nella misura in cui mortifica e limita il principio costituzionale di colpevolezza, vero cardine del sistema penale moderno.

Occorre precisare che l'orientamento prevalente in giurisprudenza ritiene che l'imputabilità sia presunta fino a prova contraria, e tale prova gravi sull'imputato³⁴. La perizia, con la quale si vuole superare la suddetta

³¹ M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., p.603

³² M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, cit., p.213

³³ Trib. Milano, 24 ottobre 2003, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 467 ss.

³⁴ In tal senso Cass. 15 gennaio 1993, CED 192691

presunzione può essere disposta solo «quando ricorrono gravi, fondati rilevanti indizi circa una lamentata infermità, che devono avere un substrato in fatti emergenti dall'istruttoria, dei quali si possa ricavare la sicura o probabile esistenza di uno stato morboso»³⁵. Una visione così orientata della perizia e dell'imputabilità deriva dalla considerazione di quest'ultima come una categoria estranea al reato e alla colpevolezza. Abbiamo già visto però che l'indirizzo più corretto in un'ottica costituzionalmente orientata è quello che considera l'imputabilità un presupposto della colpevolezza e, come tale, inserito nella struttura del reato. Conferme sulla bontà di questo indirizzo si rinvengono nella stessa impostazione dell'attuale codice di procedura penale che, tra le formule assolutorie dell'art. 530, ricomprende i casi in cui vi sia il dubbio sull'imputabilità del soggetto. Seguendo quindi la logica accusatoria del processo penale fatta propria dal codice, il giudice ha bisogno di prove certe o, quantomeno, altamente probabili circa lo stato dell'imputato, prove che devono poggiare su di una solida base scientifica per poter superare l'imprescindibile soglia del ragionevole dubbio.

Un contributo fondamentale sull'individuazione dei criteri di validità scientifica in tema di perizia psichiatrica proviene dalla giurisprudenza americana che, in due sentenze non troppo risalenti nel tempo, elaborano alcuni criteri, la cui portata ha influenzato anche il panorama giuridico italiano. Gli Stati Uniti hanno da sempre dato maggiore considerazione a questo tema di quanto non fosse in Italia, forse anche per la presenza della Giuria nel processo e il rischio che essa potesse essere più facilmente suggestionabile di un operatore di diritto esperto.

Ad ogni modo, la prima di queste è la sentenza *Daubert* del 1993. La sentenza della Corte Suprema americana si apre con una premessa generale: «nella scienza non ci sono certezze, ma si mira a cercare nuove teorie

³⁵ Cass. 12 luglio 1989, in *Riv. pen.*, 1991, p. 204

provvisorie»³⁶. I giudici riconoscono che non esistono criteri di validità in senso assoluto che possano applicarsi a qualsiasi caso e in qualsiasi tempo senza quindi necessità di alcun aggiornamento, ma solo dei criteri provvisori e, come tali, applicabili solo in determinato contesto temporale fin quando essi non saranno smentiti da altri dotati di maggiore scientificità. Il giudice assume in questo un ruolo fondamentale nella misura in cui può decidere di optare per un nuovo criterio nel momento in cui quello utilizzato si dimostri superato e inaffidabile. Da tale premessa deriva il fatto che il criterio del consenso della comunità scientifica a cui fanno riferimento la sentenza *Frye* e poi la sentenza *Raso*, non ha un reale valore poiché forzerebbe gli scienziati a mantenersi e, a ritenere valide, solo le posizioni più vecchie e, quindi, maggiormente condivise, impedendo a quelle nuove di sbocciare per paura di venir meno a quel grado di certezza assoluta a cui, erroneamente si crede, la scienza dovrebbe aspirare. Venendo ora ai criteri veri e propri, essi sono: a) la verificabilità del metodo, ossia la sua controllabilità mediante la sottoposizione ad esperimenti volti ad attestare se il metodo sia falsificabile, nell'accezione popperiana del termine; b) la sottoposizione del metodo a *peer review* per cui si intende l'analisi del medesimo attraverso le procedure *standard* adottate dalla comunità scientifica internazionale; c) il tasso di errore che il metodo presenta, ossia la potenziale fallacia dei dati raccolti; d) la generale accettazione della comunità scientifica, criterio residuale che costituisce per lo più un omaggio al passato e alla tradizione. L'innovatività di questi criteri si mostra però un'arma a doppio taglio in quanto creano difficoltà ai giudici per quanto riguarda la loro concreta applicazione. I più problematici

³⁶ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p. 1186

risultano quelli della falsificabilità del metodo e del tasso di errore di cui rimane oscuro il concreto significato scientifico³⁷.

Sulla stessa scia, ma in un ottica di affinamento, si colloca la sentenza Kuhmo del 1999³⁸ ove si afferma che i criteri in parola possono essere applicati anche alle conoscenze tecniche o altrimenti specializzate, quindi estendendosi, ad esempio, anche alle testimonianze degli esperti sull'imputabilità. Su questo punto molti hanno lamentato l'assenza di «criteri oggettivi che il giudice deve seguire nel valutare l'affidabilità della *expert testimony*, per cui ne deriverebbe una discrezionalità eccessiva»³⁹ in capo al giudice medesimo. La sentenza inoltre specifica che i criteri della sentenza *Daubert* non siano sufficienti, ma richiedano di essere integrati da *additional factors* alla cui elaborazione ha provveduto un noto commentatore giuridico americano, Farley. I fattori ulteriori sono: a) la qualificazione giuridica del consulente, b) il precedente impiego della tecnica in ambito forense, c) il margine di errore, d) le conferme esterne sull'utilità della tecnica in questione, e) le novità che il nuovo metodo porta rispetto al precedente, f) grado di univocità nell'interpretazione dei risultati, g) la dimostrazione degli standard di professionalità degli esperti attraverso certificazioni emesse da enti pubblici o privati, h) elementi di protezione da errori non sistematici, i) l'analogia con altre tecniche ritenuti già affidabili, l) la considerazione di eventuali cause alternative, m) grado di intellegibilità della tecnica da parte di giudici e giuria, n) la possibilità di avere conferme esterne dei dati rinvenuti rispetto al singolo caso, o) la presenza di esperti di altri orientamenti che possano confutare la tecnica in esame, p) il rilievo probatorio del dato tecnico, q) la cura generale nello svolgimento delle

³⁷ In tal senso M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., p.581

³⁸ *Kuhmo Tire Company, Ltd v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 1999

³⁹ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.166

indagini, r) l'accettazione generale della comunità scientifica⁴⁰. Un ulteriore passo in avanti si registra con la modifica della Rule 702, una delle norme che regolano la disciplina delle prove in ambito penale elaborate dal Congresso degli Stati Uniti nel 1975. La regola impone a livello generale, «un criterio di stretta coerenza interna tra tipo di prova presentata ed esigenze probatorie connesse alla particolarità del caso», che ha aggiunto tre indici di affidabilità che la prova, in quanto scientifica, deve possedere: a) un fondamento affidabile di metodi e principi, b) il sostegno di accreditati *facts or data*, c) l'applicazione dei metodi e principi anzidetti in modo appropriato al caso concreto.

Anche altri paesi, seguendo gli esempi della giurisprudenza statunitense, si sono impegnati nella ricerca di una metodologia peritale che risulti sicura e affidabile. Possiamo pensare, ad esempio, alla Germania, la cui giurisprudenza ha preso ormai consapevolezza circa l'utilità «di una *checklist* che incontri il massimo consenso anche fra i giuristi, in modo da diventare la base comune per la valutazione della qualità delle perizie»⁴¹. In particolare, gli obblighi fondamentali da rispettare in sede peritale sarebbero rappresentati dalla verificabilità e dalla ripetibilità del procedimento, elementi utili non solo ai fini della decisione del giudice ma anche al fine di garantire il diritto alla difesa dell'imputato⁴².

Anche la dottrina italiana si è pronunciata sul punto elencando i requisiti necessari ad un mezzo di prova considerabile come scientifico : a) la validità in astratto del metodo per raggiungere un risultato utile; b) l'idoneità in concreto del metodo a ricostruire il fatto da provare; c) la

⁴⁰ In tal senso M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1188

⁴¹ M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., p.593

⁴² In tal senso M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, cit., p.591

controllabilità del metodo nei momenti dell'assunzione e valutazione; d) l'idoneità professionale dell'esperto; e) la comprensibilità del metodo dal giudice e dalle parti⁴³.

A fronte delle numerosissime elencazioni di requisiti per la scientificità della prova possiamo dire che un ruolo centrale, anche a distanza di tanti anni ormai, resta affidato alla sentenza Daubert e ai suoi criteri che, proprio per la loro genericità, risultano facilmente applicabili ad ogni tipo di conoscenza, salvo ulteriori specificazioni necessarie per l'adattamento al caso concreto.

I criteri di *Daubert* e *Kuhmo* hanno, in definitiva, permesso al giudice di poter distinguere con maggiore sicurezza tra *real science* e *courtroom science*: la prima potrà essere utilizzata ai fini del processo, la seconda no. A tal proposito molto significativa è la sentenza sul caso *United States v. Fitzgerald*⁴⁴ nella quale la Corte, basandosi sui principi di *Daubert*, ritiene inaffidabile il contributo dell'esperto psicologo poiché le sue teorie non erano mai state verificate prima di allora, non possedevano un tasso di errore certo, non erano state sottoposte ad alcun test psicodiagnostico volto a saggiarne la validità e, infine, non godevano di quel generale consenso nella comunità scientifica, criterio sì residuale ma comunque indicativo della scientificità della teoria.

3.1 Gli strumenti d'indagine per assicurare la scientificità del metodo

Per completare il discorso sui requisiti di scientificità delle metodologie utilizzate nell'ambito della psichiatria forense occorre fare riferimento agli

⁴³ In tal senso O. Dominioni, *La prova penale scientifica : gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, p.217 s.

⁴⁴ *United States v. Fitzgerald*, 4th Cir. 17 November 2003, No. 02-4978

strumenti d'indagine utilizzato per saggiare la validità e l'affidabilità del metodo prescelto. In questo ambito i test psicodiagnostici assumono un'importante valenza; pensando a quelli più diffusi o conosciuti possiamo pensare a quello di Rorschach o il Machover. I test, molte volte, o perché non sono tarati per la realtà italiana o perché sono stati già superati da altri, vengono utilizzati nel processo in modo improprio, sovrastimandone i risultati; questo è il caso del test del disegno della figura umana, spesso impiegati nei casi di violenza sessuale che coinvolgono minorenni, che finiscono per fondare da soli la responsabilità dell'imputato⁴⁵. Occorre quindi saper dare il giusto peso al test utilizzato e alle risultanze che ne scaturiscono tenendo presente i già richiamati criteri di affidabilità e validità, in particolare quest'ultimo, in quanto misura l'accuratezza diagnostica, sarà un riferimento obbligato per la valutazione del tasso di errore. Si deve tener conto poi di altri due criteri: la sensibilità e la specificità. Il primo dimostra la capacità di un test di individuare i soggetti reali portatori di un determinato disturbo mentale rispetto all'intera popolazione che di quel disturbo soffre; questo comporta che non tutti i soggetti malati riusciranno ad essere individuati dal test. Il secondo invece registra la capacità del test di individuare i soggetti che non soffrono del medesimo disturbo⁴⁶. A tal proposito possiamo richiamare i criteri di Heilbrun volti ad indicare i requisiti minimi di un test realmente valido: a) essere disponibile in commercio e adeguatamente documentato in un manuale; b) avere un coefficiente di affidabilità superiore a 0,80; c) risultare adeguato per ciò che si intende misurare; d) essere applicato dall'esaminatore seguendo le regole di somministrazione che devono essere

⁴⁵ In tal senso Catanesi-Martino, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 158

⁴⁶ In tal senso M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1202

fornite all'interno della procedura manualizzata; e) specificare il target al quale è indirizzato; f) preferibilmente essere di tipo obiettivo e rispettoso dei metodi clinici; g) essere in grado di fornire una stima della possibilità di simulazione⁴⁷. Applicando tali criteri di affidabilità pochi test psicodiagnostici potrebbero trovare posto nell'accertamento processuale, di conseguenza è ammesso utilizzare questi strumenti anche di fronte ad un coefficiente basso di affidabilità, comportando però di non potersi basare solo sui risultati così ottenuti per affermare la responsabilità del soggetto.

4. Il rapporto tra perito e giudice: da *peritus peritorum* a *gatekeeper*

Abbiamo visto come la scienza psichiatrica e psicologica sia ancora alla ricerca di fondamenti metodologici sicuri su cui poter basare le proprie diagnosi; l'incertezza si avverte ancora di più quando tali scienze fanno il loro ingresso nel processo penale. La principale difficoltà sta nel riuscire a conciliare l'attività clinica e terapeutica con l'accertamento giurisdizionale. L'attività terapeutica rappresenta l'esigenza e anche lo scopo originario della scienza psichiatrica, mentre l'accertamento dello stato mentale del soggetto nel contesto del processo rappresenta un impiego distorto o comunque totalmente differente delle conoscenze cliniche dell'esperto rispetto al contesto in cui egli è abituato a muoversi. Lo psichiatra forense si trova a «fare una diagnosi che non è solo una diagnosi, ma anche una sorta di giudizio, su un paziente che non è un paziente, perché non è una sofferenza che l'ho portato lì, per una terapia che non è una terapia, ma un confuso qualcosa che serve a qualcos'altro che lo farà soffrire più che star

⁴⁷ Heilbrun, *The Role of Psychological Testing in Forensic Assessment. Law and Human Behavior*, 16, 1992, p.257 ss.

bene»⁴⁸. A ciò si aggiunge anche che i quesiti peritali sono quesiti prettamente giuridici e non psichiatrici, da cui discende una difficoltà del perito già a monte dell'accertamento nell'individuazione degli obiettivi del suo intervento. È facile intuire come l'ingresso nel processo di una falsa perizia, ossia fondata su stereotipi non verificabili, sia un rischio più che concreto.

Per arginare tali rischi occorre una maggiore e più intensa collaborazione tra i due protagonisti del processo penale in questo specifico campo: lo psichiatra forense e il giudice. Per quanto riguarda il primo, si rende necessaria una continua e specifica formazione, consistente principalmente nell'apprendimento di una metodologia standardizzata, e che abbia riguardo del particolare contesto in cui è destinato ad operare dovendo egli sottostare alle regole processuali, i secondi invece devono aprirsi alle nuove conoscenze scientifiche che, per quanto siano totalmente estranee al classico sapere giuridico, risultano indispensabili al fine di poter contare su di un parere realmente scientifico e, per questo, valido⁴⁹.

Nell'ottica di una riconsiderazione e, soprattutto, di uno svecchiamento dell'istituto della perizia psichiatrica il giudice gioca un ruolo fondamentale, ruolo che però, va ripensato alla luce dell'evoluzione registratasi nel campo della psichiatria forense e, in generale, nell'impiego dei contributi scientifici all'interno del processo penale. Il tradizionale ruolo che il giudice assume nell'ambito peritale è quello di *peritus peritorum*, in base al quale egli può liberamente decidere in senso opposto a quanto indicato dal contributo dell'esperto, in forza della veste di depositario principale del sapere necessario alla soluzione del caso. Un potere così discrezionale del giudice può sicuramente essere ritenuto legittimo nel caso

⁴⁸ Centonze, *L'imputabilità il vizio di mente e i disturbi di personalità*, cit., p.277

⁴⁹ In tal senso M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.18

ci si trovi di fronte ad una perizia palesemente priva dei requisiti di scientificità o di fronte a pareri discordi dei vari esperti chiamati in giudizio, «ma non lo è nell'ipotesi di concordanza dei risultati raggiunti dagli psichiatri incaricati dalle diverse parti processuali, circostanze in cui non avrebbe senso contraddire la conclusione peritale»⁵⁰. Disattendere una perizia correttamente elaborata e costruita sarebbe solo controproducente per il giudice che «altrimenti si arrogerebbe un sapere che non possiede, ragione esatta per cui chiama, nel processo, il perito a renderlo edotto sul punto»⁵¹. La stessa giurisprudenza ha affermato che nel caso in cui il giudice «non condivide le conclusioni del perito, deve disporre, per potersene discostare, una nuova perizia con diversi consulenti, per rinnovare l'indagine sugli stessi quesiti, non potendo egli contrastare le valutazioni di un tecnico del cui ausilio aveva ritenuto la necessità»⁵². La richiesta di maggiore scientificità della perizia deve andare di pari passo con il maggior rispetto che il giudice deve mostrare del contributo dell'esperto che si mostri in possesso dei requisiti di affidabilità e validità, non potendolo disattendere o stravolgere quando sia correttamente costruito. In altre parole il giudice, soprattutto sotto l'influenza della giurisprudenza statunitense, da *peritus peritorum* deve diventare *gatekeeper*, ossia custode del metodo. Il giudice quindi non deve limitarsi al controllo circa la corretta applicazione della scienza che ha già fatto il suo ingresso all'interno del processo, ma deve, a monte, verificare la metodologia scientifica che vi sta alla base. «Egli, cioè deve assumere il potere-dovere di decostruire le affermazioni degli esperti se, in base ai criteri richiamati, e non solo, dovessero emergere ragionevoli dubbi sulla

⁵⁰ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1191

⁵¹ V. Andreoli, *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni italiani di psichiatria*, in www.pol.it

⁵² Cass., Sez I, 7 marzo 1985, in *Riv. it. med. leg.*, 1987, p.610

loro validità ma nello stesso tempo adeguarsi alla loro conclusione se correttamente è costruita»⁵³. I criteri sono naturalmente quelli espressi nelle sentenze *Daubert* e *Kuhmo* ma, il giudice può andare anche oltre utilizzando altri criteri più appropriati al caso concreto. Con questo non si vuole far diventare vincolante il parere dell'esperto poiché è sempre il giudice che decida cosa possa entrare nel processo e cosa no e, in base a tale potere, egli può sempre decidere se tener conto o meno della perizia, ma non potrà stravolgerne il contenuto o disattenderla nel qual caso decida di utilizzarla. Tutto ciò permette la formazione di ruoli ben definiti senza controproducenti intralci o sovrapposizioni. Però, «affinché il giudice possa essere effettivamente *gatekeeper* del metodo, le risultanze scientifiche vanno sottoposte al vaglio critico e logico, dunque devono essere comprese, anche ascoltando sul serio i consulenti di parte»⁵⁴. Nel concreto il giudice dovrà verificare la professionalità dell'esperto, facendo riferimento alle esperienze pregresse, alle pubblicazioni o dalle citazioni dei suoi scritti. Purtroppo nella prassi si registra che «spesso i giudici omettono questo accertamento, limitandosi ad attingere dagli albi e ad accertare l'esistenza della specializzazione anche se il tecnico non ha una specifica competenza sulla materia da accertare»⁵⁵. Un altro punto da prendere in considerazione nell'ottica di un rinnovamento dei rapporti tra giudice e perito, riguarda il quesito giuridico rivolto a quest'ultimo sull'accertamento delle sole facoltà intellettive e volitive. Questa formula giudiziale risulta ormai inadeguata per l'individuazione di una malattia mentale nella misura in cui attribuisce a questi soli elementi rilevanza ai fini dell'accertamento, non fosse altro

⁵³ M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.18

⁵⁴ Merzagora, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Cortina, Milano, 2012, p.234

⁵⁵ C. Conti, *Iudex peritus peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier 1, P. Tonini (a cura di), 2008, p.33

perché tali costrutti giuridici, essendo privi di un substrato fisico di riferimento, hanno scarsa utilità pratica. Sembra quindi più proficuo estendere l'accertamento peritale anche alla personalità complessiva del soggetto, «per capire oltre al “che cosa ha” anche “chi è”»⁵⁶. Nel caso la prova sia di tipo innovativo sarebbe opportuno che il giudice studiasse la documentazione relativa al nuovo metodo per esserne sufficientemente edotto da poterne valutare l'idoneità ad entrare nel processo. Tuttavia, affinché il giudice possa assumere questo ruolo di custode o garante del metodo è necessaria una sua maggiore specializzazione da raggiungere attraverso lo «studio dei fondamenti epistemologici e metodologici delle scienze moderne, sì da poter comprendere il linguaggio e le categorie concettuali degli esperti ed orientarsi nei giudizi»⁵⁷. Purtoppo tale specializzazione è ostacolata dalla prassi consistente nell'assegnazione dei processi in modo del tutto casuale impedendo ai giudici di acquistare competenze sufficientemente specifiche in un ambito così delicato. In ogni caso i giudici non devono certo raggiungere una conoscenza pari a quella dell'esperto ma quantomeno «saper valutare il metodo utilizzato, [...] per diventare i critici consumatori della scienza esistente»⁵⁸.

La possibilità di disporre di un supporto empirico valido, gioverà al giudice anche per quanto riguarda il secondo livello del giudizio di imputabilità poiché attraverso la comparazione delle risultanze processuali e delle risultanze cliniche il giudice può seriamente tentare di ricostruire il delitto da un punto di vista criminogenetico e criminodinamico verificando i rapporti tra vittima e autore del reato, il comportamento di quest'ultimo

⁵⁶ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.194

⁵⁷ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1192

⁵⁸ M. Bertolino, “Normalità” del male e patologia mentale, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 289

prima, durante e dopo il fatto, il grado di consapevolezza circa il significato giuridico e sociale del comportamento tenuto e quanto il disturbo diagnosticato ha realmente inciso sul fatto concreto; il reato e le modalità con cui si realizza sono, infatti, gli unici dati concreti ed inoppugnabili sulle reali condizioni mentali del soggetto. Si tratta quindi «di cercare di cogliere il senso dell'anomalo nel comportamento espresso dall'imputato rapporto alla sua storia, alle sue abituali direttive di condotta, ed alla relativa incomprendibilità dell'atto che finirebbe per assumere un “valore di malattia” più o meno rilevante a seconda della specificità del caso in esame»⁵⁹. Il giudice quindi dovrà fornire al perito le conoscenze giuridiche necessarie per poi giovare del suo aiuto nella ricostruzione del delitto e nell'accertamento dell'incapacità di intendere e di volere che, da un giudizio esclusivamente normativo-valutativo diventa anche empirico; «ed è grazie a questa base empirica di riferimento che è possibile recuperare la scientificità del giudizio di imputabilità»⁶⁰. Così facendo «si realizza un collegamento tra i due momenti del giudizio medesimo, che consente di superare la tesi, [...] che vuole, al contrario, nettamente separati ruolo del perito e dal giudice, diagnostico-cognitivo il primo e normo-valutativo il secondo»⁶¹. Una volta concluso anche il secondo momento del giudizio di imputabilità, il rapporto dialettico tra giudice e perito non deve interrompersi: in una prospettiva di cura lo psichiatra forense, più esperto in materia, dovrà consigliare il giudice circa il trattamento più utile alle esigenze terapeutiche e alla risocializzazione del malato autore del reato; con riguardo a quest'ultimo punto, la realtà italiana è piuttosto deludente.

⁵⁹ F. De Fazio, S. Luberto, *La prassi della perizia psichiatrica*, cit., p.114

⁶⁰ M.T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.21

⁶¹ M.T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1214

Quando si tratta di programmare il trattamento dell'infermo di mente, le determinazioni del perito vengono prese in scarsa considerazione. Ciò è da imputare principalmente al fatto che il perito deve pronunciarsi su problemi di ordine puramente giuridico, come ad esempio la determinazione della pericolosità sociale, che esulano dalla sue reali competenze in campo medico. In verità questà realtà si registra in quasi tutti i paesi europei, ove il perito partecipa all'individuazione del trattamento più appropriato «con riferimento a parametri, per quanto concerne la qualità e la durata del trattamento, fondati sulla gravità e pericolosità dell'atto criminale e non sulle condizioni cliniche e psicopatologiche del soggetto»⁶².

5. Conclusioni

Abbiamo visto come l'accertamento dell'imputabilità nel singolo soggetto sia, nella pratica, un percorso irto di difficoltà e ambiguità che possono facilmente condurre a decisioni erranee circa il suo effettivo stato mentale e la sua effettiva responsabilità rispetto al fatto criminoso. Tali difficoltà nascono principalmente dall'utilizzo della perizia psichiatrica, un mezzo di prova piuttosto complesso e controverso, in quanto, inizialmente, esso è affidato ad uno psichiatra o psicologo, che procede con criteri essenzialmente medici o, meglio, clinici, per poi passare nelle mani del giudice, che invece deve seguire criteri prettamente giuridici. Questa doppia natura, di accertamento clinico e giudiziale allo stesso tempo, impone una lettura della perizia come di uno strumento interpretativo della condotta del soggetto rispetto al suo passato, al cui interno si inseriscono le manifestazioni patologiche che egli ha manifestato, e rispetto ai suoi bisogni di cura, anche futuri. Solo in quest'ottica «la perizia potrebbe

⁶²G. Canepa, *Imputabilità il trattamento del malato di mente autore di reato. Aspetti comparativi e prospettive di riforma a livello europeo*, in *Trattamento del malato di mente autore di reato*, G. Canepa (a cura di), cit., p.7

fornire elementi utili all'economia processuale e tali da concorrere correttamente, senza predeterminarle, alle decisioni giuridiche»⁶³. La perizia psichiatrica, per evitare di introdurre elementi di eccessiva ambiguità all'interno del processo, andrebbe disposta solo dopo aver accertato inequivocabilmente la colpevolezza del soggetto, passando poi alla valutazione del grado di consapevolezza del medesimo rispetto ai fatti commessi e di eventuali interferenze patologiche che possano aver influito su tale consapevolezza. Infine, il giudice, a cui spetta l'ultima parola, da un punto di vista sia formale che sostanziale nel processo, dovrà valutare le risultanze peritali alla luce di ogni altra risultanza processuale, verificando così la coerenza e, di conseguenza, l'utilità del contributo psichiatrico alla decisione finale.

⁶³ F. De Fazio, S. Luberto, *La prassi della perizia psichiatrica*, cit., p.115

Capitolo IV

Il trattamento del reo infermo di mente

1. Il sistema del doppio binario

Occorre adesso occuparsi del sistema sanzionatorio del nostro codice penale: anche da questo punto di vista, il legislatore ha ritenuto opportuno operare una distinzione tra soggetto capace e soggetto incapace a norma dell'art. 85 c.p. La norma in questione impedisce la punizione del soggetto non imputabile. In altre parole egli non è sottoponibile a pena¹. Quando utilizza il termine "punire" infatti il legislatore si riferisce esclusivamente alla sottoposizione a pena, come si evince dalla lettura dell'art. 25 Cost il quale separa, in due commi differenti, la punizione in senso stretto dalla sottoposizione a misura di sicurezza. La pena, la sanzione penale per eccellenza, può essere quindi applicata solo nei confronti del soggetto capace d'intendere e di volere poiché, in quanto tale, egli può comprendere la funzione, allo stesso tempo preventiva e rieducativa della medesima. L'infermo di mente, non riuscendo, a cagione del suo stato, a cogliere il disvalore del fatto, non riuscirà nemmeno a cogliere la ragione o la funzione dell'applicazione di una pena, sia essa detentiva o pecuniaria, divenendo la medesima inutile, o addirittura controproducente, sia come mezzo di prevenzione che di correzione. Il maggiore problema di un trattamento sanzionatorio differente per i soggetti non imputabili sta nel dover conciliare «le condizioni specifiche dei soggetti con le esigenze della massima tutela sociale di fronte alla loro pericolosità»².

All'epoca dell'emanazione del codice penale si lamentava da più parti la mancanza di un sistema di difesa sociale adeguato contro gli infermi autori

¹ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p.12

² M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.388

di reati, in quanto essi, dopo l'esecuzione di una pena repressiva per nulla avvertita a livello soggettivo, erano riammessi a vivere in società senza però prima essere privati di quella pericolosità che scaturisce dal loro particolare stato mentale. Il codice Rocco, per rispondere a queste esigenze, ha adottato il sistema del c.d. doppio binario, nel quale la pena cede il passo alla misura di sicurezza nei confronti dei soggetti inimputabili, quest'ultima concepita «non come sanzione giuridica, ma come mezzo di difesa sociale e di prevenzione speciale»³. In questo ambito la misura di sicurezza nasceva come attacco alla pena nella sua concezione retributiva, di cui gli studiosi della Scuola Classica invece esaltavano la posizione centrale, in pratica, esclusiva nel sistema sanzionatorio penale. La scelta codicistica invece sposa in pieno il punto di vista dell'opposta Scuola Positiva. La concezione positivista vede la misura di sicurezza sostituire integralmente la pena, differenziandosi rispetto a quest'ultima principalmente per «il carattere indeterminato (nel massimo) di tali misure, in quanto subordinate al permanere della condizione di pericolosità sociale [...] ed orientate univocamente a fini sociali difensivi, giammai di risocializzazione...»⁴.

La differenziazione della risposta sanzionatoria operata dal legislatore è da ricondurre inanzitutto alla diversa funzione che la pena e la misura di sicurezza possiedono nel sistema penale. La prima è legata, in una prospettiva storica, all'idea di retribuzione rispetto al fatto commesso e, in una prospettiva costituzionalmente orientata, alla rieducazione o risocializzazione del condannato. La seconda invece mira a curare la persona malata e ad eliminare o, quantomeno, contrastare la pericolosità che il medesimo ha mostrato di avere. Ciò dimostra quindi una doppia funzione della misura di sicurezza: terapeutica da un lato e preventiva

³ M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.389

⁴ A. Manna, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, cit., p.517

dall'altro. La diversità di funzione nasce dalla scissione, operata dal legislatore, delle esigenze di retribuzione e prevenzione generale a cui è stata deputata la pena, e l'esigenza di prevenzione speciale a cui è stata deputata la misura di sicurezza⁵. Nel mezzo si collocano i soggetti semi imputabili i quali, in ragione del loro stato di parziale infermità vedranno prima, applicarsi la pena, intesa come sanzione principale avente carattere determinato, e poi la misura di sicurezza, intesa come pena accessoria dalla durata indeterminata, o meglio non revocabile finché «le persone ad essere sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose» come recita il testo dell'art 207 c.p. a proposito della revoca della misura.

Un ulteriore differenza risiede nei vincoli costituzionali che pena e misura di sicurezza presentano. L'art. 25 Cost. secondo comma, in proposito, recita: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», e il comma successivo «Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge». Da tali disposizioni si desume che entrambe siano assoggettate al rispetto del principio di tassatività, ma non a quello di irretroattività della legge penale, a cui solo la pena è vincolata. Tale differenza si può spiegare alla luce della funzione, sopra illustrata, della misura di sicurezza: contrastare la pericolosità sociale.

2. La pericolosità sociale

L'applicazione di una misura di sicurezza necessita essenzialmente di due requisiti, entrambi previsti all'art. 202 c.p. : a) la commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato (ad eccezione dei casi particolari previsti al secondo comma di cui si parlerà più avanti), b) la persona sia considerata

⁵ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p.16

socialmente pericolosa. La norma precisa inoltre l'irrilevanza dell'imputabilità del soggetto: la pericolosità sociale è una qualità, per così dire, che tanto il soggetto capace che quello incapace d'intendere e di volere possono presentare. Di conseguenza l'unica differenza risiede nel fatto che al soggetto imputabile e socialmente pericoloso sarà applicata la misura di sicurezza in aggiunta alla pena, mentre per il soggetto non imputabile la misura di sicurezza sarà l'unica risposta sanzionatoria da poter applicare. Il codice specifica poi all'articolo seguente in base a cosa una persona debba essere considerata socialmente pericolosa : quando abbia commesso uno dei fatti indicati all'articolo precedente, ossia un reato (o un "quasi reato" nei casi previsti dalla legge⁶), e vi sia la probabilità che il soggetto ne commetta altri. Infine, la norma fa riferimento all'art. 133 c.p., di cui devono essere utilizzate le circostanze elencate in esso per desumere la pericolosità sociale medesima. La pericolosità sociale diviene, nell'impianto codicistico, il perno centrale della disciplina delle misure di sicurezza in quanto costituisce il fondamentale presupposto non solo per la loro applicazione ma anche per la loro revoca: finché la pericolosità sociale non sia cessata nell'individuo, la misura di sicurezza non può essere revocata; sul punto è intervenuta la sentenza n.110/1974 della Corte Cost. che ha ammesso la possibilità della revoca anticipata della misura di sicurezza. È necessario anzitutto capire cosa si debba realmente intendere con "pericolosità". Quello di pericolosità è, a ben vedere, un concetto molto generico capace di ricomprendere al suo interno i significati più disparati, a seconda del contesto in cui lo si utilizza. In ambito giuridico «la pericolosità si presta infatti a fungere da comoda ticchetta che canalizza un bisogno emotivo di

⁶ Sul punto Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.823, scrive: «il giudice può applicare una misura di sicurezza sia nell'ipotesi del reato impossibile (art.49), sia nel caso di accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto, se l'istigazione non viene accolta (art.115)».

rassicurazione nei confronti di gruppi di persone percepita di volta in volta come socialmente minacciose»⁷. Secondo *Focault*, la nozione di individuo pericoloso ha origine in psichiatria legale, all'epoca in cui la medicina e, in particolare, la psichiatria iniziavano ad affermarsi come strumento di igiene pubblica. Secondo la psicanalista statunitense *Harding* invece, l'origine della pericolosità andrebbe ricondotta all'intera scienza medica in quanto il concetto in esame rimanderebbe, naturalmente, ad «ogni prescrizione ritenuta importante per la tutela della salute»⁸. *Harding* inoltre, si è soffermata più specificatamente sulla valenza comunicativa del termine nell'immaginario collettivo: la pericolosità comporta sempre, o quasi, una reazione naturale di diffidenza o prudenza da ricondurre all' «importanza fondamentale che il pericolo e la risposta a questo rivestono per l'organismo umano, essendo alla base della pulsione di auto-conservazione»⁹. Il criminologo Enrico Ferri utilizzava il termine “temibilità” al posto di quello di pericolosità, chiaro segno che «la paura dell'ignoto e l'ansia del non comprensibile hanno condotto a cercare nell'etichetta nosografica una spiegazione, che il timore del diverso e dell'irrazionale hanno fatto sì che fosse sopravvalutato il rapporto fra patologia psichiatrica e pericolosità»¹⁰. Da quello di pericolosità pura o naturalistica, viene elaborato poi, sulla scia del positivismo criminologico di fine Ottocento, il concetto di pericolosità sociale, inteso come «la probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente, commetta in futuro fatti di reato»¹¹. In questa accezione la pericolosità si

⁷ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 824

⁸ M. G. Terzi, *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, in *Rass. it. Crim.*, 1994, p. 370

⁹ M. G. Terzi, *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, cit., p.371

¹⁰ I. M. Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p. 105

¹¹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 825

pone come categoria opposta a quella della colpevolezza: quest'ultima presuppone un potere di controllo dell'individuo sulle proprie azioni, mentre la prima si riferisce ad una situazione ove tale potere manca a causa delle particolari spinte psichiche che affliggono il soggetto¹². La pericolosità sociale, o criminale, come è stata definita da Biagio Petrocelli, è stata inizialmente definita, in linea con quanto previsto dall'art. 133 c.p., come una tendenza, una capacità, una disposizione a commettere futuri fatti di reato; se ci si fermasse qui nel tentativo di definizione si coglierebbe solo l'aspetto psichico della pericolosità, di per sé insufficiente. Quest'ultima ha invece bisogno di una situazione esteriore in cui estrinsecarsi¹³. Di conseguenza la pericolosità sociale andrebbe intesa più correttamente come «un complesso di condizioni, soggettive e oggettive, sotto l'azione delle quali è probabile che un individuo commette un fatto penalmente rilevante, dannoso o pericoloso»¹⁴.

2.1 L'accertamento della pericolosità sociale

Se la determinazione di un concetto così vago e risalente nel tempo come quello della pericolosità sociale risulta molto difficile, ancora di più lo è l'accertamento in concreto di tale pericolosità nel soggetto. Nell'originario impianto codicistico l'art. 204 c.p. prevedeva una presunzione di pericolosità in base alla gravità del fatto commesso e/o alle particolari condizioni psichiche del soggetto; presunzione peraltro *juris et de jure*, che quindi non ammetteva prova contraria; una presunzione questa che non era presente nel Codice Zanardelli che all'art 46 deputava al giudice e ad una

¹² Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 825

¹³ B. Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 40 ss.

¹⁴ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit., p.110

sua personale stima l'accertamento della pericolosità. In base all'impostazione repressiva del Codice Rocco invece, la figura del malato veniva sempre associata a quella di un soggetto pericoloso per sé e per gli altri. La situazione è cambiata a cominciare da due importanti sentenze della Corte Costituzionale¹⁵ del 1982 e 1983 con cui sono state abolite le presunzioni di pericolosità, rispettivamente, per il soggetto prosciolto per infermità mentale e per il seminfermo di mente. Infine la presunzione viene del tutto abolita con la legge 633/1986, la c.d. legge Gozzini. L'accertamento caso per caso diventa così la regola, ma per quanto tale scelta sia da condividere pienamente per l'osservanza del fondamentale principio di colpevolezza, essa porta con sé un ineliminabile connotato di aleatorietà nel giudizio psichiatrico sulla pericolosità. Gli psichiatri si trovano in grande difficoltà di fronte alla richiesta del magistrato di prevedere sul lungo termine il comportamento criminoso di un individuo slegato dallo specifico episodio psicopatologico. Gli esperti non possiedono gli strumenti adatti: testimone del fatto è la tendenza ad utilizzare «elementi di tipo non clinico, quali ad esempio i precedenti penali, elementi utilizzabili con eguale possibilità di successo anche da parte del magistrato»¹⁶. In più, numerose indagini statistiche riguardo il rapporto tra malattia mentale e comportamento criminale hanno evidenziato come la delinquenza dei soggetti malati non sia superiore, in percentuale, a quella del resto della popolazione, anche in ambito di reati violenti¹⁷. L'inidoneità dell'esperto e dei criteri di tipo clinico risiederebbe *ab origine* nei limiti che

¹⁵ Corte Cost., 27 luglio 1982, n.139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p.1585; Corte Cost., 28 luglio 1983, n.249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p.460

¹⁶ U. Gatti, *L'accertamento della imputabilità e della pericolosità sociale alla luce della situazione esistente in alcuni paesi europei*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, G. Canepa, M. I. Marugo (a cura di), cit., p.61

¹⁷ U. Gatti, *L'accertamento della imputabilità e della pericolosità sociale alla luce della situazione esistente in alcuni paesi europei*, cit., p. 61

la scienza psichiatrica ha, in quanto «costituisce un complesso di tecniche empiriche, più che una scienza», e quindi «non possono essere fatte previsioni se non di tipo statistico»¹⁸. Se l'esperto non è in grado di fornire un contributo clinico-scientifico al giudizio di pericolosità sociale è dovuto principalmente al fatto che il concetto in esame è stato elaborato in funzioni di esigenze di controllo e di repressione, tralasciando completamente la prospettiva terapeutica, l'unico vero scopo che lo psichiatra dovrebbe perseguire.

Occorre quindi cambiare direzione, abbandonando «la dizione di socialmente pericoloso per sostituirla con quella più funzionale adeguata di bisognoso di trattamento»¹⁹. Le esigenze di cura dovranno prevalere sulle istanze custodialistiche e repressive. Anche l'accertamento deve cambiare. A tale scopo, gli elementi da cui desumere la pericolosità sociale all'art. 133 c.p., si mostrano per nulla adatti in quanto sono circostanze prettamente attinenti alla sfera giuridica e non a quella clinica: sono quindi altri gli indicatori da ricercare se si vuole ridefinire la pericolosità in termini di salute psichica più che di semplice rischio di recidiva. A questo proposito, è molto interessante la proposta²⁰ del professore di medicina legale dell'Università di Torino, Ugo Fornari. Per la valutazione della pericolosità sociale psichiatrica occorre prendere in considerazione sia fattori interni che esterni. I primi sono: a) persistenza di quei sintomi che hanno assunto valore di malattia alla luce del reato, b) assenza di consapevolezza della malattia, c) rifiuto o avversione per le terapie prescritte, idonee da un punto di vista medico, d) eventuale progressione dei disturbi psicopatologici. Ancor più importanti sono i fattori esterni da considerare per un corretto

¹⁸ M. G. Terzi, *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, cit., p.374

¹⁹ U. Fornari, S. Coda, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p. 57

²⁰ U. Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997, p.148 ss.

svolgimento della terapia in tempi medio-lunghi, anche in una prospettiva di reinserimento del malato in società : a) caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di riferimento, b) esistenza ed idoneità dei servizi psichiatrici della zona in cui il soggetto si trova, c) possibilità di reinserimento lavorativo, d) grado di accettazione del rientro del soggetto nel contesto sociale di appartenenza, e) alternative di sistemazione logistica. Anche in ambito di ruoli e competenze le cose devono cambiare. Lo psichiatra deve occuparsi prevalentemente dell'accertamento di cui sopra, perseguendo così, almeno prevalentemente, l'obiettivo di cura, mentre il magistrato diviene unico soggetto competente all' accertamento della pericolosità sociale, nella sua dimensione codicistica, quindi utilizzando le indicazioni fornite dall'art. 133 c.p. All'interno del processo saranno poi gli stessi periti o consulenti a dover mediare tra le due opposte esigenze in gioco: quella di giustizia e quella di trattamento, anche attraverso l'introduzione di una terminologia e, in generale, di un linguaggio maggiormente condiviso. Infine, è la stessa nozione di pericolosità sociale a dover essere abbandonata e sostituita «con quello di necessità di cura e di assistenza specialistica (o di trattamento)»²¹.

3. Gli ospedali psichiatrici giudiziari

Tra le misure di sicurezza personali detentive che il nostro ordinamento prevede, il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario rappresenta quella più grave e allo stesso tempo più controversa. Tale demonizzazione è stata attribuita dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, in quanto l'etichetta originaria era quella di manicomio giudiziario: a fronte di una diversa nomenclatura la sostanza non è per nulla mutata. Occorre

²¹ U. Fornari, S. Coda, *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, cit., p. 59

prendere in considerazione specificatamente questa misura, sopra tutte le altre, per due ordini di ragioni: il rilievo che essa ha rivestito nel dibattito penalistico italiano da sempre diviso tra prospettive custodialistiche e terapeutiche sul trattamento del soggetto infermo di mente, e la notevole influenza che essa ha avuto nella crisi del concetto di pericolosità sociale, facendo maturare una importante riflessione sull'attualità e l'utilità di tale categoria giuridica.

Il codice penale del 1930 ha introdotto in Italia la misura di sicurezza detentiva del manicomio giudiziario, l'antesignano di quello che poi sarà l'OPG come oggi lo conosciamo. Già all'epoca esso veniva utilizzato per una duplice funzione: custodire e curare. Da un lato quindi, fini educativi e terapeutici da un lato, e preventivi e detentivi dall'altro, quest'ultimi anche in una prospettiva meramente cautelare. La legge di riferimento era la n.36 del 1904, la c.d. legge manicomiale. Riguardo all'ingresso del soggetto in manicomio, questo avveniva quasi esclusivamente attraverso il ricovero coattivo, alla cui base vi era l'idea che il folle è pericoloso, sia per sé stesso che per gli altri. Il ricovero volontario veniva a configurarsi come un'ipotesi residuale. La procedura ordinaria prevedeva che il pretore, su istanza dei familiari o di chiunque fosse portatore di un interesse in merito, disponeva il ricovero provvisorio della persona, a cui seguiva poi un procedimento giudiziale volto conferire il carattere di definitività al provvedimento precedentemente emanato. Il manicomio giudiziario si distingueva dal manicomio comune in quanto nel primo vi confluivano i soggetti che avevano dimostrato la loro pericolosità commettendo un reato; i punti in comune fra le due tipologie di strutture erano prevalenti rispetto alle differenze: in entrambi avveniva quello che Canosa ha definito adeguatamente «immagazzinamento degli alienati reputati incurabili»²². La

²² R. Canosa, *Storia del manicomio in Italia dall'unità a oggi*, Feltrinelli, 1979, p. 43

situazione all'interno dei manicomi era già all'epoca, disastrosa. Indubbiamente erano le esigenze di custodia e contenimento a prevalere su quelle terapeutiche. Per avere contezza di ciò è sufficiente avere riguardo delle tecniche di contenzione e prevenzione utilizzate in questi ambienti: si passa dalla somministrazione di agenti virali nel corpo del soggetto, per arrivare nientemeno che all'elettroshock. Una tangibile inversione di tendenza si ebbe solo con l'inizio degli anni 60' e l'avvento del movimento antipsichiatrico alla cui testa, in Italia, figurava Franco Basaglia, il promotore dell'omonima legge del 1978 che costituisce ancora oggi un punto di riferimento fondamentale per il superamento degli OPG. Il pensiero di Basaglia si può riassumere nella negazione dell'istituzione manicomiale, dello psichiatra come semplice custode carcerario e della considerazione dei malati come soggetti irrecuperabili da abbandonare a sé stessi²³. Ciò che secondo Basaglia doveva essere eliminato anzitutto, era lo stato di soggezione del paziente al potere assoluto dello psichiatra, estraneo a qualsiasi rapporto di tipo terapeutico. Uno dei problemi fondamentali circa il trattamento psichiatrico consisteva nella considerazione del malato alla sola luce della malattia che lo affliggeva, senza tener conto della sua storia, della sua umanità.

Un progresso normativo, prima ancora della legge Basaglia, è stato determinato dalla legge n.431 del 1968, nota come legge Mariotti, dal nome dell'allora Ministro della salute. L'intervento normativo mirava da un lato al miglioramento delle condizioni degli internati attraverso il potenziamento del personale sanitario e di una maggiore e più specifica professionalità medica di quest'ultimo, e dall'altro, a consentire l'intervento medico in realtà diverse da quella del manicomio. Un altro risultato importante di questa legge è stata la previsione della facoltà di ricovero volontario ad

²³ In tal senso, F. Basaglia, *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Milano, 1998, pp. 4-5

opera dello stesso malato, ricovero subordinato solo all'autorizzazione di un medico territorialmente competente.

Arriviamo ora alla legge n.180 del 1978, la già citata legge Basaglia, in tema di trattamenti sanitari obbligatori. Il TSO, per quanto riguarda la figura del malato internato, necessita una maggiore attenzione, soprattutto in merito alle modalità che non possono prescindere, in base all'art. 1, dal rispetto della dignità persona e dei suoi diritti civili e politici. Innanzitutto, la sottoposizione al trattamento deve essere preceduta dalla ricerca del consenso o, meglio, della spontanea partecipazione dell'individuo alla terapia. In aggiunta è anche prevista la scelta, salvo casi di oggettivo impedimento, del medico di riferimento.

La legge, nell'ottica di delimitare il ricorso ai TSO, stabilisce all'art.6 che, gli interventi terapeutici nei confronti dei soggetti affetti da infermità mentale vadano affidati ai servizi territoriali extra-ospedalieri, con una logica, quanto innovativa conseguenza: il ricovero in OPG diventa una soluzione residuale a cui appellarsi solo in casi di *extrema ratio*. Alla base del passaggio al nuovo modello di assistenza psichiatrica territoriale vi sta l'abbandono della concezione del trattamento del disturbo mentale come un'esigenza attinente alla materia della pubblica sicurezza per divenire un'esigenza rientrante negli obiettivi di tutela della salute pubblica. In quest'ottica scompare il riferimento, almeno da un punto di vista formale, alla pericolosità del soggetto, anche in caso di TSO, il quale viene disposto esclusivamente per esigenze terapeutiche²⁴.

Le portata innovativa della legge Basaglia è stata indubbiamente notevole, anche se essa ha influito direttamente e specificamente solo sui manicomi civili, lasciando intatta la struttura del manicomio giudiziario che, anche a fronte del cambio di nome dovuto alla riforma penitenziaria, cambiamento

²⁴In tal senso I. M. Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, cit., p.109

che ha assunto quantomeno un valore simbolico nell'indirizzare l'istituzione in una dimensione prevalentemente terapeutica, manteneva la duplice funzione di cura e custodia, con la netta prevalenza di quest'ultima. Gli effetti della legge in parola sugli OPG si sono rivelati per molti versi, più che negativi. Basti pensare alla scarsa efficienza e funzionalità dei servizi psichiatrici sul territorio, al fatto che la commissione di reati bagatellari era sufficiente affinché fosse applicata la misura di sicurezza. Il più paventato tra questi effetti era l'ingresso nell'OPG di tutti quei pazienti dimessi dai manicomi civili, ma ancora bisognosi di cura e protezione, venendo così ad ingolfare ancor di più i meccanismi, già per di sé malconci, delle strutture in questione. La chiusura dei manicomi civili ha infatti portato ad una criminalizzazione ingiustificata della malattia mentale e di chi ne soffriva: i familiari del soggetto disturbato erano costretti a denunciare il comportamento aggressivo di quest'ultimo per far sì che egli fosse ricoverato e ricevesse le cure adeguate.

3.1 Le proposte di riforma in tema di OPG

In tutti questi anni di vigenza della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è emersa da più parti l'esigenza di modificare profondamente la misura in esame, oggetto di crescenti critiche. Le critiche erano, in verità, non solo rivolte alla misura in sé, ma anche, e più in generale, alla legittimità del sistema del doppio binario e di istituti quali l'imputabilità e la pericolosità sociale. Due sono i movimenti principi di cui dover prendere atto: il movimento abolizionista e quello riformista.

3.1.1 Le tesi abolizioniste

Il movimento abolizionista mira all'eliminazione completa delle figura dell'OPG, chi attraverso la carcerizzazione, chi attraverso invece la medicalizzazione.

La carcerizzazione parte dal presupposto che debba essere riconosciuta una sfera di libertà anche in capo al malato di mente, abolendo così la distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili. La riconosciuta incapacità d'intendere e di volere sarebbe da intendere come una mera etichetta dagli effetti totalizzanti che porta il malato a deresponsabilizzarsi, impedendogli così una maturazione sul piano psichico che lo possa portare o riportare ad una situazione di normalità. Con specifico riguardo alla misura di sicurezza dell'OPG, se ne contestava il carattere eccessivamente afflittivo. Se fra misura e pena, a livello della concreta attuazione, non vi è alcuna differenza, tanto vale che si rinunci alla distinzione, sottoponendo tutti alla sola pena. L'indirizzo in esame quindi si pone a favore di un ritorno ad un sistema sanzionatorio monistico sulla scia dell'indirizzo della Scuola Positiva; a differenza di questa, che riteneva il malato mentale un pericolo maggiore del semplice criminale, il progetto in esame equipara il malato al sano al fine di abbattere i pregiudizi e le stigmatizzazione della società sul disturbo mentale²⁵. In questo solco si ponevano i disegni di legge n.177 del 1983 (Vinci-Grossi dal nome del primo senatore firmatario), e n.151 del 1996 presentato dal deputato Corleone. In particolare quest'ultimo proponeva l'abrogazione della disciplina speciale riservata agli infermi di mente dal codice penale agli artt. 88, 89, 222. Il trattamento del soggetto malato era affidata alle ordinarie strutture carcerarie, le quali avrebbero dovuto fornire le cure mediche necessarie. Il

²⁵ In tal senso M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 143

nodo principale di questo e degli altri progetti abolizionisti è l'affermazione della piena capacità di autodeterminazione dell'infermo di mente in quanto, il disturbo psichico, secondo tale concezione, sarebbe transitorio e mutabile nel tempo, e di conseguenza, mal si sposerebbe con le rigide categorie dell'imputabilità e della pericolosità sociale. A fronte degli indubbi vantaggi positivi come evitare l'internamento in OPG, per molto tempo o, comunque, ben oltre il limite edittale previsto per lo specifico reato, anche in presenza di reati di scarsa entità, una tale concezione presenta insuperabili riserve. Primo fra tutti, la considerazione di piena capacità di autodeterminazione del malato mentale che, anche di fronte delle moderne acquisizioni della psichiatria secondo le quali al malato vada riconosciuta una porzione di libertà d'intendere e di volere, possiede delle caratteristiche peculiari, ineliminabili, derivanti dal suo stato mentale che ne impediscono l'equiparazione al soggetto sano²⁶. La differenziazione poi, se non avveniva sul piano della cognizione, si ripresentava sul piano esecutivo, ponendo peraltro grandi problemi in tema di compatibilità del malato mentale con il resto della popolazione carceraria.

Sul versante opposto abbiamo invece l'indirizzo della medicalizzazione del reo malato. In quest'ottica il vizio di mente rimane la causa di esclusione dell'imputabilità che noi conosciamo. Ci si muove solo sul versante del trattamento del reo volendone abolire i profili carcerari e, più in generale, penali, per tornare ad una gestione completamente sanitaria dell'infermo, ritornando all'impostazione del Codice Zanardelli²⁷. L'esigenza di un ritorno al passato si avvertiva con forza di fronte alla profonda differenza

²⁶ In tal senso M. T. Collica, *La crisi del concetto dell'autore non imputabile «pericoloso» del reato*, in A. Gaboardi, A. Gargani et al. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013, p. 306

²⁷ In tal senso M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., p. 146 ss.

del trattamento del malato comune rispetto a quello del malato autore di reato, quest'ultimo molto più vicino ad un profilo custodiale che terapeutico. Si voleva, a questo proposito, affidare la cura di tutti i malati mentale ai manicomi civili, equiparandone così il trattamento. Con la sopra citata legge Basaglia e la conseguente chiusura di queste strutture , in tale disegno non poteva più essere perseguito. Se poi si pensa all'insufficienza dal punto di vista strutturale e di personale dei servizi psichiatrici territoriali di farsi carico di tutti i malati in questione, la strada della medicalizzazione è apparsa davvero impraticabile.

3.1.2 Le tesi riformiste

Tra i progetti di riforma veri e propri merita particolare riconoscimento, per le ottime scelte operate, anzitutto quello presentato dalle regioni Emilia Romagna e Toscana sotto forma di disegno di legge di iniziativa regionale²⁸. La caratteristica singolare del progetto in questione è rappresentata anzitutto dalla composizione del gruppo chiamato a redigerlo, costituito da esperti del settore, a stretto contatto con i malati autori di reato. La categoria dell'imputabilità veniva mantenuta ma sotto una nuova dimensione: la capacità d'intendere e di volere, secondo l'art. 1 del disegno di legge, è esclusa quando il soggetto si trova in uno «stato di alterazione della realtà», o abbia tenuto un comportamento non «coscientemente determinato». L'altra novità è costituita dalla presenza di due misure di sicurezza scelte a seconda della pena: regime di custodia se il massimo edittale della pena è superiore a dieci anni, affidamento al servizio sociale sotto i dieci anni, con possibilità di applicare la custodia in un momento successivo. Per istituti di custodia si erano ipotizzate delle strutture per

²⁸ D.D.L. 8 ottobre 1997, n. 2746, *Disposizioni per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*

poche persone, divise per regione, con funzione preminente di terapia. Questa era assicurata dall'affidamento del programma di terapia al servizio sanitario nazionale e personale dell'amministrazione penitenziaria esclusivamente con funzioni di difesa perimetrale. Il soggetto per il quale risultino, invece eccezionali esigenze di sicurezza può essere assegnato ad un istituto di pena dotato di un centro psichiatrico di diagnosi e di cura, con maggiore attenzione alle istanze di custodia e di difesa del malato da atti autolesivi ed eterolesivi. Il sufficiente dettaglio della proposta nell'organizzazione prevalentemente sanitaria dei centri ha rassicurato quanti credevano che il progetto si limitasse ad una riproposizione degli OPG in forma più piccola e a livello regionale.

Veniamo ora ai progetti di riforma del codice penale e prendiamo in esame come essi hanno deciso di intervenire sul trattamento del reo infermo in maniera più o meno profonda rispetto all'equivalente intervento sul piano sostanziale della disciplina codicistica. Procedendo in ordine cronologico, il primo da prendere in considerazione è il Progetto Pagliaro del 1992. All'art. 48 prevede per l'infermo di mente ritenuto pericoloso la possibilità di disporre la libertà sorvegliata in luogo del ricovero in istituto psichiatrico a due condizioni: che la misura possa «ritenersi sufficiente a prevenire la commissione di reati» e che risulti «proporzionata alla gravità dei reati commessi e di quelli presumibili realizzati dal soggetto». La pericolosità sociale permane come obbligato riferimento nella disciplina delle misure di sicurezza ma la sua sussistenza si può dedurre solo dalla commissione di reati o di un solo reato, nel caso di particolare gravità dello stesso, da un soggetto totalmente incapace d'intendere e di volere, se però tale stato è causa della commissione del reato medesimo²⁹. Il progetto si mostra in generale piuttosto carente soprattutto ove manca di prendere in

²⁹ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettiva*, cit., p.233

considerazione una trasformazione della misura di sicurezza in un senso più spiccatamente terapeutico³⁰, oppure ove non si sofferma a disciplinare le istituzioni psichiatriche a cui fa riferimento, lasciando aperta la porta del ricorso ai classici e collaudati OPG.

Il Progetto Grosso si impone maggiormente nel panorama riformistico per una normazione oculata e approfondita dei vari aspetti della disciplina e l'innovatività dei cambiamenti approntati: l'abbandono del riferimento alla pericolosità sociale è una di queste scelte innovative. Per l'applicazione della misura di sicurezza è sempre necessario che il reato sia cagionato dallo stato mentale viziato del soggetto ma, in più, che sia «bisogno di trattamento e controllo», come previsto all'art. 98 dell'articolato finale del 2001. La sostituzione del riferimento produce effetti positivi anche sull'attività del perito, più sereno nel pronunciarsi su di una questione, quella terapeutica, più attinente alle sue competenze di quanto lo sia valutare la pericolosità di una persona. La novità così introdotta è stata però smorzata da chi rileva che si tratti di una semplice modifica linguistica che lasci impregiudicata la figura della pericolosità³¹.

Sul versante del trattamento sanzionatorio vero e proprio si intraprende una via davvero coraggiosa.

Ai soggetti che siano prosciolti per non essere imputabili sarà applicata la sola misura di sicurezza. Il doppio binario viene così abbandonato. Per quanto riguarda le misure concrete da applicare, si opta per una scelta a favore di strutture e percorsi terapeutici esterni al sistema prettamente penalistico, lasciando alle misure afferenti a quest'ultimo un ambito di

³⁰M. Bertolino, *Il nuovo volto dell'imputabilità penale dal modello positivista del controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Ind. pen.*, 1998, p.367

³¹ Fiandaca, Musco, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giuridica*, in *Leg. pen.*, 2006, p.263

intervento residuale solo ove mostrino in concreto una migliore efficacia³². Il rilievo pratico della regola appena enunciata appare però piuttosto scarso, vista la carenza di strutture esterne che possano assicurare un'adeguata cura, ma anche un adeguato controllo della persona, nella maggior parte dei casi, pericolosa per sé e per gli altri. Tale rilievo assume ancor più importanza se si pensa che la stessa Corte di Cassazione, in una sua non troppo datata pronuncia, ha affermato che si debba tener conto, nel giudizio di pericolosità sociale del soggetto, tra le altre cose, «della presenza ed affidabilità o meno di presidi territoriali socio-sanitari, in funzione delle obiettive e ineludibili esigenze di prevenzione difesa sociale...»³³

Vi sono poi altre due critiche che possono essere mosse: la mancata previsione di un tetto massimo di durata per le misure e la mancata considerazione della gravità del fatto nella determinazione della misura; in entrambi i casi la disciplina cambia a seconda che si tratti del testo originario o del testo finale. Iniziando dal testo originario, il progetto si è spinto solo a determinare nel minimo la durata delle misure e solo nel caso di soggetto non imputabile per infermità mentale o per un grave disturbo della personalità è stabilito un termine massimo di durata di dieci anni. Il profilo garantistico della norma viene però vanificato dalla previsione di una vistosa deroga: il limite massimo può essere superato per qualificate esigenze legate alla pericolosità, non in senso tecnico, del soggetto, facendo così permanere il rischio degli ergastoli bianchi.

Riguardo alla connessione tra gravità del fatto e durata delle misure, una previsione in tal senso risulta necessaria al rispetto del principio di proporzionalità; se l'unico riferimento da prendere in considerazione è il bisogno di trattamento della persona «si rischia di dover protrarre la loro

³² A. Manna, *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rass. it. crimin.*, 2000, p.347

³³ Cass. 7 dicembre 1994, in *Cass. pen.*, 1955, p.284

esecuzione anche oltre il tetto massimo stabilito per il reato realizzato»³⁴. Oltre questo limite e, permanendo il bisogno di cure, devono intervenire rimedi extrapenalistici come, ad esempio, strutture di accoglienza affidate ai servizi sociali³⁵.

La versione finale del Progetto Grosso ha in parte modificato e corretto gli errori del testo originario. Il principio di proporzionalità ha trovato espressa enunciazione all'art. 96 secondo cui le misure «non possono comportare restrizioni sproporzionate rispetto alla gravità del fatto».

Riguardo la determinazione di un limite massimo di durata delle misure, l'articolato finale ha fatto un passo avanti solo nella misura in cui limita l'operatività della deroga sopra esposta ai soli casi di ricovero in struttura chiusa o quando, in assenza di tale misura, vi sia il pericolo concreto che il soggetto commetta un delitto contro la vita, l'integrità fisica, la libertà personale, la libertà sessuale o l'incolumità pubblica o comunque con minaccia o violenza contro la persona³⁶. Come anticipato, è facile intuire che il riferimento alla pericolosità sociale seppur formalmente scomparso, rimane, nella sostanza, legato alle dinamiche connesse all'applicazione della misure di sicurezza, anche se solo per quella di ricovero in una struttura chiusa.

Il Progetto Nordio del 2004 si muove invece in maniera più cauta e conservatrice. A fronte di una modifica puramente terminologica della nomenclatura delle misure di sicurezza «di controllo, cura e sostegno»³⁷, viene mantenuto il concetto e il ruolo della pericolosità sociale, riservato

³⁴ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettiva*, cit., p.239

³⁵ In tal senso A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, p.231

³⁶In tal senso M. Bertolino, *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.183

³⁷ Art.122, punto 1 della proposta di Articolato della commissione Nordio

però ai soli soggetti inimputabili. Per quanto le istanze di controllo sembrano così prevalere rispetto a quelle di cura, il testo della norma è comunque attento ad entrambe le esigenze. Secondo il progetto «È socialmente pericoloso l'incapace di intendere di volere che abbia commesso un fatto previsto come reato contro la vita o contro l'incolumità, individuale o pubblica, o comunque caratterizzato da violenza nei confronti delle persone, sempre che vi siano ragioni per presumere che la sua infermità, qualora persista, lo indurrà a commettere altri fatti della specie indicata»³⁸. Con riguardo al ventaglio delle misure di sicurezza previste, permane il riferimento alle strutture civili e giudiziarie con la conseguenza che, come anche nel Progetto Pagliaro, si potrà continuare a ricorrere agli OPG. Il progetto si dimostra deludente anche sotto il profilo della determinazione temporale delle misure. In effetti, vengono fissati il minimo e il massimo edittale della misura, rispettivamente un anno e dieci anni, ma la possibilità che quest'ultimo limite possa essere superato in presenza di un pericolo costante del soggetto, impedisce alla norma di produrre un vero effetto delimitativo³⁹.

4. La realtà manicomiale al vaglio della Costituzione

La situazione critica degli OPG in Italia ha determinato il sorgere, dagli anni ottanta in poi, di un movimento giurisprudenziale avverso tale misura di sicurezza e avverso la concezione codicistica della pericolosità sociale, metro di riferimento non più attuale della malattia mentale e del trattamento del soggetto che ne soffre. Abbiamo già accennato a come la disciplina della pericolosità sociale sia stata modificata grazie all'intervento della Corte Costituzionale in tema di presunzioni di pericolosità sociale,

³⁸ Art. 122, punto 2 della proposta di Articolato della commissione Nordio

³⁹ A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg pen.*, 2006, p.242

questione ormai risolta a monte dalla legge Gozzini del 1986. Probabilmente il più importante degli interventi della Corte sul tema è stato quello in occasione della sentenza n.253 del 2003 che ha sancito la fine dell'automatismo che vedeva, per il soggetto adulto infermo di mente e socialmente pericoloso applicata sempre e comunque la misura del ricovero in ospedale psichiatrico. La violazione riscontrata riguarda il contrasto dell'automatismo in questione con l'art. 3 della Costituzione sul principio di uguaglianza, vista la possibilità nel caso di seminfermi e minori di disporre misure diverse dal ricovero in OPG. L'ulteriore contrasto a livello costituzionale è rispetto all'art. 32, nel senso che «la scelta unica del ricovero segregante in OPG rende impossibile l'adozione, di soluzioni coerenti con le valutazioni medico-legali»⁴⁰. Il principio di fondamentale rilevanza enunciato dalla Corte riguarda l'impossibilità di subordinare le esigenze terapeutiche della persona malata alle esigenze di difesa sociale perseguite attraverso l'OPG. La Corte, a tal proposito, ha suggerito delle alternative al ricovero, come ad esempio, l'affidamento del soggetto alla libertà vigilata, quest'ultima ritenuta idonea al contemperamento delle esigenze della società e della persona bisognosa di cure. L'istituto, così utilizzato, finisce però per essere snaturato, in quanto le prescrizioni imposte dalla libertà vigilata presuppongono la capacità di autodeterminazione del soggetto. L'intervento della Corte quindi, per quanto sia foriero di difficoltà applicative, è incommensabile per l'innovatività e la portata del principio espresso.

Un ulteriore passo sulla strada dell'abbandono della realtà manicomiale è rappresentato dalla sentenza della Corte Costituzionale n.367 del 2004⁴¹ che ha inciso sulla disciplina dell'art. 206 c.p., rubricato «Applicazione

⁴⁰ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettiva*, cit., p.220

⁴¹ Corte Cost., 29 novembre 2004, n.367, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p.425 ss.

provvisoria delle misure di sicurezza». La Corte ha affermato l'illegittimità della norma nella misura in cui non permette al giudice di applicare, in luogo della misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, una misura di carattere non detentivo, idonee ad assicurare cure adeguate da un lato, ed esigenze contenitive della pericolosità sociale dall'altro. Dalla pronuncia della Corte si può dedurre che, ove sia possibile, le esigenze di cura debbano prevalere su quelle di difesa sociale. Nel caso in esame, il giudice a quo si è ritrovato nell'impossibilità di revocare la misura della casa di cura e custodia, per disporre un'altra misura di carattere meno afflittivo, nei confronti di un soggetto giudicato totalmente incapace d'intendere e di volere ma, la cui pericolosità risultava, dopo poco tempo, indubbiamente scemata, come testimoniavano anche le risultanze delle perizie disposte, le quali evidenziavano chiaramente i benefici di un controllo meno rigido del soggetto per la sua riabilitazione. La questione è stata sollevata specificamente in relazione alla fase cautelare, ma si è riconosciuto che «l'applicazione automatica della misura segregante come unica soluzione possibile viola il principio di ragionevolezza e, di riflesso, il diritto alla salute, tanto nella fase avanzata della conclusione del processo, tanto [...], in quella anticipata della applicazione di eventuali misure cautelari»⁴². L'unico appunto da poter fare è che la scelta della misura alternativa rimane affidata interamente al giudice e alla sua discrezionalità.

La rilevanza delle due sentenze sopra illustrate testimonia quanto la giurisprudenza si sia mostrata lungimirante in un campo così delicato e dinamico come l'infermità mentale e le strategie per curarla o, comunque, contrastarla. Un rivoluzionario, per l'epoca, principio segue a tale decisioni: si deve tener conto dei diversi stadi dell'infermità mentale nella

⁴² M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettiva*, cit., p.226

considerazione del malato e delle misure più idonee alla sua persona⁴³. Un'uguale tendenza si è manifestata in ambito civile dagli anni ottanta in poi, concretizzatasi nell'introduzione dell'amministrazione di sostegno accanto ai classici istituti della inabilitazione ed interdizione, anch'essi rivisitati in chiave maggiormente partecipativa del rapporto tra tutore ed incapace.

5. Il definitivo superamento, o quasi, degli OPG

La disastrosa situazione degli OPG, rimasta pressoché immutata nei primi dieci anni del duemila, torna sotto i riflettori dell'opinione pubblica grazie all'inchiesta della Commissione parlamentare presieduta dal senatore Ignazio Marino nel 2011. Ciò che colpisce maggiormente dell'inchiesta è l'individuazione di una particolare categoria: i c.d. dimissibili, soggetti di cui è scaduto il termine di durata della misura di sicurezza e che, nonostante il personale medico si sia espresso nei loro confronti per una quantomeno scemata pericolosità sociale, non vedono cessare la misura di sicurezza per la mancanza di strutture e risorse esterne all'ospedale psichiatrico idonee ad attuare un loro inserimento in società. Si è avvertita quindi l'esigenza di una soluzione realmente efficace e, soprattutto definitiva, del problema sia sul versante dell'uscita del paziente dall'OPG che su quello dell'ingresso nella struttura per mancanza di misure alternative di natura non detentiva. L'intervento, che la commissione riteneva necessario, si può inquadrare in due punti essenziali: la modifica della legge sull'assistenza psichiatrica e la modifica della normativa penale in tema di pericolosità sociale. Sul primo versante, l'obiettivo era la creazione di un sistema alternativo all'OPG che fosse in grado di offrire alternative varie e graduate rispetto alle esigenze specifiche del singolo. Sul secondo versante, la pronuncia sulla pericolosità

⁴³ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettiva*, cit., p.228

sociale del soggetto andrebbe affidata ad un collegio di psichiatri, il cui compito principale è coadiuvare il giudice attraverso l'offerta di un parere specialistico. Il giudice così si troverebbe in possesso di una base sufficientemente solida per poter prosciogliere il soggetto, nominare un amministratore di sostegno che provveda alla necessità di cure del soggetto, e predisporre un programma per la rivalutazione periodica della pericolosità sociale, di modo da porre un argine al male maggiore della disciplina dell'OPG: l'internamento *sine die* del malato.

In risposta al rinnovato sentimento di sdegno della società e dell'ordinamento italiano di fronte alla triste realtà degli OPG, si interviene con la legge n.9 del 2012. Questa ripropone in sostanza le medesime soluzioni proposte del progetto di riforma delle regioni Emilia-Romagna e Toscana e, in particolar modo: a) la gestione interna affidata esclusivamente al personale sanitario, b) l'utilizzo del criterio della vicinanza al territorio di provenienza dell'internato. Il rispetto di tali punti è stato subordinato alla creazione di nuove e più moderne strutture su base regionale, le REMS, affidando alle stesse regioni la loro attuazione, e alla predisposizione di un efficiente sistema del servizio sanitario locale che prenda in carico i progetti terapeutico riabilitativi dei malati meno gravi. Il superamento degli OPG, ha richiesto più tempo del previsto per le numerose difficoltà pratiche riscontrate, determinando lo slittamento del termine per il loro definitivo superamento più e più volte. Per ultimo, è stato emanato il decreto legge n. 52 del 2014 contenente il termine ultimo per il definitivo superamento degli OPG da parte delle singole regioni fissato per il 31 marzo del 2015.

Oltre ai profili prettamente procedurali, le novità introdotte più interessanti e promettenti riguardano la delimitazione delle possibili motivazioni che il giudice può addurre per il giudizio di pericolosità dell'individuo, e l'affermazione della natura di *extrema ratio* del ricovero in OPG. Riguardo

al primo punto, l'assenza di programmi terapeutici idonei per il singolo non sarà una motivazione sufficiente per fondare una prognosi di pericolosità di un soggetto in realtà non più pericoloso per sé o per gli altri. Riguardo al secondo punto, il giudice all'obbligo di applicare una misura diversa dall'internamento in OPG, salvo che nessun'altra risulti idonea per le esigenze terapeutiche del malato. Per quanto il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari sembri avviarsi ad un epilogo positivo, le critiche non sono mancate. Il rischio più grande che si è paventato riguarda lo snaturamento della professione psichiatrica, dovuto al passaggio di compiti di custodia agli psichiatri stessi, con il conseguente ritorno alle vecchie forme e pratiche manicomiali: l'attribuzione al personale medico dei compiti custodiali non assicura peraltro che il soggetto sarà sottoposto ad un trattamento più dignitoso e più idoneo alla sua cura e alla sua riabilitazione. La riforma, in effetti, ha agito, principalmente, sul terreno strutturale e organizzativo degli OPG, mancando invece di intervenire a monte sull'assetto codicistico, ritenuto da molti il vero problema, ad esempio sul versante della pericolosità sociale, categoria nei cui confronti il panorama giuridico si è dimostrato da sempre insofferente a causa della sua eccessiva indeterminatezza, o sul versante dell'assenza di un tetto massimo per la durata della misura di sicurezza determinato, o quantomeno vincolato, dalla legge.

6. Brevi cenni comparatistici in tema di misure di sicurezza

Riguardo alla disciplina delle misure di sicurezza non può non prendersi in considerazione l'esperienza tedesca. L'idea stessa del sistema del doppio binario proviene dalla mente di Franz von List, filosofo e grande studioso di diritto di origine ungherese, che fece però fortuna, in quest'ultimo ambito, in Germania. Egli fu il grande promotore del doppio binario, il quale,

tuttavia, venne introdotto nel paese solo nel 1933. Il trattamento degli autori di reato era, all'epoca, improntato esclusivamente a prevenire o, peggio, annientare, non certo a curare o a risocializzare. Il panorama psichiatrico era, sul tema, profondamente diviso: chi propendeva per un trattamento da condurre attraverso una metodologia di base empirica con riferimenti anche al contesto sociologico, e chi invece riteneva più opportuno un trattamento senza basi scientifiche ma, anzi, irrazionali; quest'ultimo orientamento si fece strada con gli inizi degli anni sessanta e il fiorire della cultura *hippie*⁴⁴. La vera svolta nel campo del trattamento e, in particolar modo, delle misure di sicurezza, si ebbe nel 1975 con la seconda legge di riforma del diritto penale. Le misure di sicurezza applicabili in base alla nuova disciplina sono: il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, il ricovero in un istituto di disintossicazione, l'internamento in custodia di sicurezza, la vigilanza sulla condotta, il ritiro della patente di guida e l'interdizione da un'attività professionale. La grande novità della riforma era però rappresentata dall'istituto della terapia sociale per i soggetti maggiormente propensi a commettere reati ma, fallita la sua realizzazione a sé stante, è stato inserito all'interno dell'esecuzione della pena. Occorre ora analizzare, seppur brevemente, le singole misure per valutare, in particolare, quale sia il bilanciamento effettuato tra esigenze custodiali ed esigenze terapeutiche. Il ricovero in ospedale psichiatrico, la misura a carattere maggiormente afflittivo, viene disposto nei casi di soggetti totalmente o parzialmente non imputabili quando abbiano commesso un fatto antigiuridico e siano pericolosi per la collettività. Anche nell'ordinamento tedesco troviamo il riferimento ad una non meglio specificata pericolosità della persona, se a ciò si aggiunge l'assenza di qualsiasi rilievo e considerazione dell'eventuale bisogno di cure

⁴⁴ Sul punto Klaus Volk, *L'imputabilità e le misure di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), cit., p.144

dell'individuo e delle possibilità di successo del trattamento, si evince come la natura del ricovero sia decisamente sbilanciata a favore della custodia e neutralizzazione dell'infermo. Per quanto riguarda il ricovero in istituto di disintossicazione i rilievi da fare sono praticamente gli stessi, con la particolarità che la Corte costituzionale federale ne ha dichiarato l'illegittimità per il totale disinteresse della disposizione nei verso le probabilità di successo del trattamento. La custodia di sicurezza, come rivisitata nel 1998, è riservata agli autori di reati sessuali o violenti dopo la prima recidiva dei medesimi. Il riferimento ad una sola recidiva rende eccessivamente arduo accertare una tendenza alla commissione di tali reati nel soggetto poiché l'ambito temporale di riferimento è troppo ristretto. La vigilanza sulla condotta viene utilizzata sempre nei confronti di soggetti "pericolosi", ossia particolarmente inclini a commettere reati, ma nella fase specifica del ritorno ad uno stato di libertà. Naturalmente, pur essendo lo scopo principale della misura agevolare la risocializzazione del reo, si deve al contempo assicurare la protezione della collettività. L'attuazione della misura ha visto prevalere nel concreto questa seconda esigenza. Sul ritiro della patente e l'ordine di interdizione professionale basta dire che essi hanno solamente una funzione di sicurezza.

Arriviamo ora ai profili maggiormente problematici di natura prettamente sostanziale: il ruolo e la funzione da affidare alla pena e alla misura di sicurezza. La concezione originaria del doppio binario dispone una netta separazione tra pena e misura di sicurezza per quanto riguarda sotto vari aspetti. La pena guarda al passato del soggetto, nel commento in cui ha commesso il fatto, la misura di sicurezza invece guarda al futuro dell'autore attraverso un giudizio prognostico sulla possibilità che egli commetta altri reati. Una distinzione del genere non ha però più senso di esistere in un ordinamento penale moderno ove la pena, improntata al

principio di colpevolezza, persegue istanze specialpreventive. Sul punto si è pronunciato anche il celebre giurista tedesco Roxin secondo il quale, l'unica distinzione valida sarebbe quello attinente ai principi che regolano e limitano l'applicazione della pena e della misura di sicurezza: rispettivamente il principio di colpevolezza e il principio di proporzionalità⁴⁵.

Parimenti interessante è l'esperienza spagnola per le soluzioni innovative che essa ha maturato. Le riforme in tema misure di sicurezza hanno comportato la loro inclusione all'interno della normativa codicistica, e l'utilizzo di un nuovo riferimento normativo al posto della pericolosità sociale, di cui si era già dichiarata l'illegittimità da un punto di vista costituzionale. Attualmente si fa riferimento alla pericolosità criminale del soggetto, una figura maggiormente attinente alla pericolosità della persona a livello soggettivo, e che non fa riferimento a criteri oggettivi quali la gravità del reato. Sul piano sanzionatorio tutto ciò si traduce nell'applicazione di una singola sanzione che unisce i contenuti della pena con le finalità di cura e riabilitazione della misura di sicurezza. La pena diventa così più attenta al perseguimento di finalità rieducative dell'individuo, e la misura di sicurezza viene applicata con le numerose e dettagliate garanzie previste per la pena. Il ritorno al sistema monistico, in questo modo delineato, comporta l'indubbio vantaggio di garantire uguali garanzie per i soggetti imputabili e non imputabili, sul terreno della sanzione⁴⁶.

⁴⁵ Sul punto Klaus Volk, *L'imputabilità e le misure di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, cit., p.145 ss.

⁴⁶ Fermin Morales Prats, *Imputabilità e misure di sicurezza nel nuovo codice penale spagnolo*, cit., p.142

Bibliografia

- Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p.47.
- Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896.
- Alimena, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1910.
- Alimena, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938.
- Amisano M., *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005.
- Andreoli, *La perizia psichiatrica*, in *Quaderni di psichiatria* in www.pol.it.
- Antolisei, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, 2003.
- Bandini, Gatti, *Psichiatria e Giustizia. Riflessioni critiche sull'imputabilità del malato di mente*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p.353.
- Bandini, Gualco, *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Basaglia F., *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Milano, 1988.
- Bertolino M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p.237.
- Bertolino M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990.
- Bertolino M., *Il nuovo volto dell'imputabilità penale dal modello positivisticodel controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Ind. pen.*, 1998, p.367.

- Bertolino M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Bertolino M., *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, n.7, 2005, p.853.
- Bertolino M., “Normalità” del male e patologia mentale, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p.289.
- Bertolino M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema dell'infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p.568.
- Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. pen.*, 2006, p.215.
- Bertolino M., *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al panorama organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, p.325.
- Bertolino M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009.
- Bertolino M., *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, fasc. III, p.924.
- Boella L., *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008.
- Canosa, *Storia del Manicomio in Italia dall'unità ad oggi*, Milano, 1979.
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, V ed., Lucca, 2005.
- Carrieri, Catanesi, *La perizia psichiatria sull'autore di reato, evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p.29.
- Catanesi R., *Qualche riflessione su “Infermità” e “capacità d'intendere e di volere”*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Catanesi, Martino, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p.158.

- Centonze F., *L'imputabilità, il vizio di mente i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p.259.
- Collica M.T., *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007.
- Collica M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p.1172.
- Collica M.T., *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reo, la persona offesa dal reato*, G. de Vero (a cura di), Torino, 2010, p.16.
- Collica M.T., *Il riconoscimento delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. con.*, 2012, p.8.
- Collica M.T., *La crisi del concetto dell'autore non imputabile «pericoloso» del reato*, in A. Gaboardi, A. Gargani et al. (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino, 2013
- Conti, *Iudex peritorum e ruolo degli esperti nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, Dossier 1, Tonini P., 2008, p. 33.
- De Caro, Maraffa, *Libertà, Responsabilità e retributivismo*, in *Sistemi intelligenti*, 2010, p.361.
- De Fazio F., Luberto S., *La prassi della perizia psichiatrica*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Canepa, Marugo (a cura di), Padova, 1995.
- Di Tullio, *Sulle relazioni abnormi e sugli sviluppi psicopatici di maggiore interesse nel campo criminologico*, in *Sc. pos.*, 1959, p.90.
- Dominioni O., *La prova penale scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005.
- Fermin Morales Prats, *L'imputabilità e misure di sicurezza nel nuovo codice penale spagnolo*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.

- Fiandaca G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità del progetto Grosso*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Fiandaca G., *L'imputabilità nell'interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. pen.*, 2006, p.261.
- Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, VI ed., Bologna, 2007.
- Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, VI ed., Bologna, 2010.
- Finbar Mc Auley, *L'imputabilità e misure di sicurezza nella Common Law*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Fiorella, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir. vol. XXXIX*, Milano, 1988, p. 1328.
- Focault, *Io, Pierre Rievere, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, 1976.
- Fornari U., *Psicopatologia e psichiatria forense*, Torino, 1990.
- Fornari U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 1997.
- Fornari U., Coda S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Forza, *La psicologia nel processo penale. Pratica forense e strategie*, Milano, 2010
- Gallo M., *Appunti di diritto penale*, V. 5, Torino, 2013.
- Gatti U., *L'accertamento dell'imputabilità e della pericolosità sociale alla luce della situazione esistente in alcuni paesi europei*, in *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore di reato*, Canepa, Marugo (a cura di), Padova, 1995.
- Gazzaniga, *La mente etica*, Torino, 2006.

- Giacobini, *Psicopatologia classica e DSM: un dilemma epistemologico, clinico e didattico per la psichiatria contemporanea*, in www.pol.it, p.10.
- Gulotta G, *La questione dell'imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, Gulotta (a cura di), Milano, 1987.
- Gulotta G, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2006.
- Heilbrun, *The role of Psychological Testing in Forensic Assessment Law and Human Behaviour*, 16, 1992.
- Introna, *Il progetto del nuovo codice penale: problematiche e medicolegali*, in *Riv. it. med. leg.* 1997, p.103 ss.
- Jaspers K., *Psicopatologia generale*, 1964.
- Volk K., *L'imputabilità e le misure di sicurezza nell'ordinamento tedesco*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1979.
- Manna A., *Imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.1321.
- Manna A., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalla "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997.
- Manna A., *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rass. it. crim.*, 2000, p.347.
- Manna A., *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005, p.487.
- Manna A., *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, p.220.
- Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2007.
- Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981.
- Marini, voce *L'imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p.253 ss.

- Martucci, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p.745 ss.
- Merzagora Betsos, *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Merzagora Betsos, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla reatà*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. I, 2011, p.179.
- Merzagora Betsos, *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012.
- Nonnarone, *Rilevanza penale degli stati emotivi e passionali*, in *Giust. pen.*, II, 1972, p.465.
- Offer, Sabshin, *Normality: theoretical and clinical concept of mental health*, 1974.
- Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2008.
- Palissero M., *Pericolosità sociale e dopiio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008
- Papagno, *Aspetti biologici del comportamento criminale*, in *Cass. pen.*, 2012, p.1972.
- Petrocelli B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p.40ss.
- Petrocelli B., *La colpevolezza*, Padova, 1955.
- Pisani, *Quaderni de "L'indice penale"*, in *Per un nuovo codice penale*, Pisani (a cura di), Padova, 1993.
- Ponti, Gallina, Fiorentini, Calvanese, *Discontrollo omicida: considerazioni dalla casistica*, in Andreani, Cesa, Bianchi (a cura di), *Il discontrollo omicida*, Milano, 1981.

- Ponti G., *La perizia sull'imputabilità*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, Gulotta (a cura di), Milano, 1987.
- Ponti G., *Compendio di criminologia*, Milano, 1990
- Ponti G., *L'imputabilità nel progetto di legge delega per la riforma del codice penale*, in *Rass. it. crim.*, 1993, p.103.
- Ponti, Merzagora Betsos, *Psichiatria e giustizia*, Milano, 1993.
- Ponti G., *Il dibattito sull'imputabilità*, in *Questioni sull'imputabilità*, A. Ceretti, Merzagora Betsos (a cura di), Padova, 1994.
- Pulitanò D., *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p.13.
- Pulitanò D., *Problemi di riforma della disciplina dell'imputabilità*, in *Imputabilità e misure di sicurezza*, A. Manna (a cura di), Padova, 2002.
- Pulitanò D., *La disciplina dell'imputabilità*, in *Leg. pen.*, 2006, p.248.
- Rizzolatti G., Sinigaglia C., *So quel che fai. Il cervello che agisce e i neuroni a specchio*, Milano, 2006.
- Romano, Grasso, *Commentario sistematico del c.p. Art. 85-149*, Milano, 2005.
- Roxin, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p.24.
- Stella F., *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p.47.
- Sartori G., *Lectio magistralis*, in «*Forensic Neurosciences*», 2011.
- Schiavone, *Riflessioni epistemologiche sull'eziologia della schizofrenia*, in *Le cause della malattia. Un'analisi storica e concettuale*, Genova, 1999.
- Stella, *Giustizia e modernità, La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, III ed., Milano, 2003.

Szas, *Il mito della malattia mentale*, 1966.

Tantalo, M., Colafigli A., *Per una formazione dello psichiatra forense*.

Riflessioni e proposte, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. I, 1194, p.59.

Terzi M.G., *In tema di pericolosità sociale psichiatrica*, in *Rass. it. crim.*,
1994, p.370