

*“Imputato ascolta,
noi ti abbiamo ascoltato.
Tu non sapevi di avere una coscienza al fosforo
piantata tra l’aorta e l’intenzione,
noi ti abbiamo osservato
dal primo battito del cuore
fino ai ritmi più brevi
dell’ultima emozione...”*

Fabrizio De André (“Sogno n. 2” – Storia di un impiegato)

Indice

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I - L'IMPUTABILITÀ	6
1. L'imputabilità come capacità di intendere e di volere	6
2. Evoluzione storica.....	12
2.1 La Scuola Classica	12
2.2 La Scuola Positiva.....	14
2.3 La Terza Scuola.....	15
3. Rapporto tra imputabilità e colpevolezza.....	17
3.1 Imputabilità come capacità di diritto penale	20
3.2 Imputabilità come capacità di pena.....	21
3.3 Imputabilità come presupposto della colpevolezza.....	23
4. L'evoluzione del concetto di colpevolezza	25
4.1 La concezione psicologica della colpevolezza.....	26
4.2 La concezione normativa della colpevolezza.....	27
5. Imputabilità e coscienza e volontà	31
6. Struttura del reato.....	34
6.1 La teoria della tripartizione	35
6.2 La teoria della bipartizione.....	38
7. L'elemento soggettivo.....	40
7.1 Dolo e colpa nel non imputabile	44
8. Condizioni psicofisiche al momento del fatto.....	48
8.1 Ubriachezza (incolpevole)	49
8.2 Tossicodipendenza	52
8.3 Minore età	54
8.4 Sordomutismo	56
8.5 Ubriachezza e tossicodipendenza c.d. colpevoli	57
8.6 Actiones liberae in causa.....	61
8.7 Stati emotivi e passionali	63
9. Amnesia dissociativa.....	64

CAPITOLO II – PEDOFILIA ED IMPUTABILITÀ	68
1. Definizione di pedofilia.....	68
1.1 La pedofilia nella storia.....	75
2. Analisi sociologica sul fenomeno “pedofilia” – percezione sociale	79
2.1 L’identikit dell’autore	91
2.2 L’identikit della vittima.....	92
3. Tutela dei minori tra Italia ed estero	92
3.1 Convenzione Internazionale per i Diritti dell’Infanzia.....	95
3.2 Convenzione di Stoccolma.....	98
3.3 L’impegno italiano – la legge del 1996 e del 1998	100
3.4 La normativa codicistica (609 ter e 609 quater).....	106
3.5 Altre fattispecie a tutela del minore	111
3.6 Profili comparatistici.....	115
3.7 La legislazione in Francia	116
3.8 La legislazione in Spagna.....	117
3.9 La legislazione in Portogallo.....	118
4. Infermità di mente e malattia	118
4.1 Il concetto di infermità nella scienza.....	123
4.2 Il concetto di infermità nella giurisprudenza.....	125
5. La pedofilia nel DSM (Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali) .	128
5.1 Dal DSM-III al DSM-V	131
6. La pedofilia nella giurisprudenza.....	134
6.1 Malattia o semplice orientamento sessuale	139
6.2 Colpa d’autore.....	141
6.3 Casi di cronaca rilevanti.....	144
CAPITOLO III – FUNZIONE DELLA PENA FRA PREVENZIONE E RIEDUCAZIONE	148
1. Un approccio alla materia costituzionalmente orientato	148
2. Accertamento del vizio di mente.....	155
2.1 Il rapporto tra scienza e giudice	158
3. La pericolosità sociale.....	160
3.1 La recidiva e le altre forme tipizzate di pericolosità	163
3.2 La capacità criminale	170

3.3	La valutazione della pericolosità sociale.....	172
4.	Il sistema del doppio binario	175
5.	La legge n. 81 del 31/5/2014 dall'OPG alla REMS	179
5.1	Un nuovo approccio: novità e modifiche	184
5.2	Pregi e criticità	187
5.3	Un primo bilancio	192
CAPITOLO IV - CONCLUSIONI.....		194
1.	Una visione costituzionalmente orientata	194
2.	La contraddittoria soluzione giurisprudenziale	198
2.1	Epidemiologia ed eziologia della pedofilia	202
3	Conclusioni: il difficile equilibrio fra tutela della collettività, prevenzione e repressione	207
4	Possibili soluzioni normative	211
BIBLIOGRAFIA.....		214

INTRODUZIONE

Il rapporto fra imputabilità e pedofilia è stato nel tempo, e lo è tuttora, oggetto di ampio dibattito, sia scientifico che giurisprudenziale, e non è allo stato approdato ad una soluzione che possa dirsi condivisa.

Nel trattare questo tema, ci soffermeremo, in particolare, sul problematico bilanciamento fra le esigenze di tutela della collettività e i principi costituzionali che dettano la funzione della pena nel processo penale.

Elemento essenziale del reato è la colpevolezza che, secondo la teoria ritenuta prevalente,¹ consiste nella “rimproverabilità” della condotta del reo: ne consegue che, affinché il soggetto agente sia colpevole deve porre in essere una condotta che sia ritenuta rimproverabile.

In questo senso occorrerà verificare che l'autore del reato sia effettivamente consapevole di realizzare comportamenti che gli si possano penalmente attribuire,² nel contesto della capacità di autodeterminarsi.

A tal fine analizzeremo le cause che escludono l'imputabilità, con speciale riguardo verso la categoria del vizio di mente, totale o parziale che sia, nella quale potrebbe, in determinati casi, ricondursi la patologia in esame (pedofilia).

Il concetto di pedofilia non pare agevolmente inquadrabile, in assenza di definizioni scientifiche validate. Per un approccio giuridicamente corretto, occorrerà evidentemente liberare il campo di indagine da visioni pregiudiziali, inevitabilmente condizionate dalla odiosità del fenomeno e dall'allarme sociale che esso suscita.

¹ Concezione normativa della colpa.

² Che sono proprio di lui. Di cui ne ha coscienza e volontà.

Anche il dibattito giurisprudenziale appare caratterizzato da pronunce spesso divergenti e in qualche caso opinabili.

Sarà in seguito trattato l'aspetto relativo alle possibili misure terapeutiche predisposte a tal fine dal legislatore, con particolare riferimento alla legge 81 del 2014³ e al progetto di riforma del codice penale e di procedura penale nonché dell'ordinamento penitenziario, il cui disegno di legge è stato approvato il 14 giugno 2017.

Concluderemo la trattazione individuando alcune possibili soluzioni normative, che tendano al fine di coniugare le esigenze di tutela della collettività con quelle, altrettanto rilevanti, relative alla funzione della pena, con particolare riferimento al principio di personalità della responsabilità penale.

³ Con la quale vi è stato il superamento degli OPG in luogo delle REMS.

CAPITOLO I

L'imputabilità

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

«Il presupposto per l'assoggettamento del reo alla pena in senso stretto è l'imputabilità»⁴. Il codice penale all'articolo 85 statuisce: *“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalle legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile”*. Al secondo comma precisa che *“È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere”*. Il testo dell'art. 85 c.p. non potrebbe essere, in sé e per sé considerato, più chiaro. «Perentoria, ad ogni lettura la disposizione legislativa: senza capacità di intendere e di volere non c'è assoggettabilità a pena criminale in senso stretto, ricalcando il linguaggio del legislatore, non c'è punibilità»⁵. La formula “capacità di intendere e di volere” non rappresenta un'endiadi, intercorrendo una profonda differenza tra le due attitudini: 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»⁶, prescindendo dal «sentire, dal condividere, dal vivere il valore normativo del fatto e che è cosa diversa dal non intendere un fatto negativo,

⁴ C. Cascone, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, Salerno, 2016, p.35; «L'uomo è in grado di percepire la realtà fenomenologica e di reagire di conseguenza agli stimoli esterni. Nella fase di risposta agli stimoli, però, non è possibile prevedere che l'agente sia del tutto privo di condizionamenti».

⁵ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, Torino, 2014, p.35

⁶ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale, IV ed.* Bologna, 2014, p.335

illecito»⁷, mentre la capacità di volere può essere intesa come «potere di controllare gli impulsi ad agire e determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole in base ad una concezione di valore»⁸. Da ciò si desume che affinché l'agente possa essere “penalisticamente” rimproverabile è necessario che sussistano in capo ad esso, e al momento del fatto, entrambe le qualità soggettive tracciate dal codice, in quanto ben è possibile che il reo possa essere fornito della sola capacità di intendere o al contrario della sola capacità di volere, le quali singolarmente non sarebbero sufficienti a rendere “punibile” il soggetto. L'agente deve poter controllare i propri impulsi ed avere senno del comportamento tenuto per essere persuaso dal condizionamento voluto dal legislatore. Il suddetto condizionamento viene definito come *general prevenzione*, «che si esercita mediante l'intimazione derivante dalla minaccia»⁹. La capacità di intendere e di volere quindi risulta necessaria affinché il soggetto possa recepire e comprendere il comando del legislatore cristallizzato nella norma; infatti, senza tali capacità normative la sanzione penale verrebbe meno al suo scopo precipuo, quello, appunto, *general preventivo*. Solo se l'agente risponde agli stimoli esterni in modo conforme a quello voluto dal legislatore si potrà parlare di «idoneità a conoscere-comprendere i motivi della propria condotta e di valutarne le relative conseguenze nel mondo esterno»¹⁰. Solo in tal senso possono trovare piena attuazione tutti quei principi di natura costituzionale che permeano la materia penale; dal principio dell'*extrema ratio* della sanzione penale al principio di colpevolezza, fino ad arrivare al principio di legalità.

L'elemento dell'imputabilità trova espresso riconoscimento solo con il progetto di codice penale presentato alla Camera nel 1887 dal guardasigilli Zanardelli; infatti, il precedente progetto del 1883, dello stesso Zanardelli, «nel definire i reati e le rispettive circostanze, si era quasi costantemente omessa l'enunciazione dell'elemento morale, rimaneva dunque incerto quel principio su cui si regge tutta

⁷ L'altro diritto, *Responsabilità penale e imputabilità*, Riv. dir. pen. It., 2010

⁸ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.335

⁹ *Relazione al Re sul codice penale, in lavori preparatori*

¹⁰ A. Rivera, *Persona imputabilità ermeneutica*, Torino, 2014 p.181

la materia dell'imputabilità e quindi tutta la funzione penale prima della condanna»¹¹.

Il codice del 1889, con il quale si rispondeva, in seguito alla nascita del regno italiano nel 1861, alla necessità di una legislazione penale unica per tutta l'Italia, vide, senza dubbio, tra le previsioni più apprezzate quella riguardante l'imputabilità, da sempre al centro di dibattiti dottrinali e considerata uno dei nodi principali del diritto penale. Uno dei maggiori pregi del codice Zanardelli fu proprio quello di avere previsto l'elemento morale accanto alla esecuzione materiale del fatto ai fini della dichiarazione di colpevolezza, secondo la convinzione ormai comune «che la sola esecuzione materiale del fatto non possa ritenersi sufficiente per dichiarare l'autore medesimo colpevole di un reato ed assoggettato alla sanzione penale corrispondente»¹².

In seguito, con l'avvento del regime fascista l'idea di un nuovo codice penale si fece sempre più viva, sia per la volontà di un ammodernamento della legislazione, sia per la pressione esercitata in favore di norme più rispondenti alla concezione politico-ideologica del regime. I meriti del nuovo codice emergono principalmente in considerazione del fatto che il legislatore del 1930, in riferimento all'imputabilità, prende in considerazione soltanto gli aspetti positivi delle varie Scuole, andandone a sintetizzare i concetti chiave; «esso ha ritenuto opportuno prendere da ciascuna scuola soltanto ciò che in esse vi è di vero e buono»¹³. «Da una parte, infatti, il legislatore si allontana dai postulati della Scuola Classica, considerando anche il fatto del non imputabile come reato se rispondente ad un modello criminoso, dall'altra, respinge l'impostazione positivista, prevedendo per i soggetti incapaci di intendere e di volere, per motivi

¹¹ V. Manzini, *Codice penale*, in Dig. It., Torino, 1929, p.509

¹² Relazione della Commissione della Camera Dei Deputati sul progetto del codice penale, Torino, 1888

¹³ *Relazione al Re*, op. cit.; «[...] poco curandosi di creare un sistema legislativo logicamente dedotto, fino alle estreme conseguenze, da un principio teorico universale, e molto preoccupandosi, invece, di fuggiare un sistema che tutte le scuole componesse nell'unità di un più alto organismo atto a soddisfare i reali bisogni e le effettive esigenze di vita della società e dello Stato».

a loro non rimproverabili, una sanzione speciale, extrapenale, con finalità terapeutiche e di prevenzione speciale»¹⁴.

Per quanto riguarda più propriamente la disciplina sostanziale possiamo notare che, mentre il codice Zanardelli non conteneva una definizione esplicita di imputabilità, il codice Rocco introduce una definizione generale di soggetto imputabile, prevista dall'art. 85.

Attenendosi strettamente alla lettura della disposizione legislativa, 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 normalità»¹⁵, di converso la capacità di intendere e di volere manca a due categorie di individui: in quelli che non hanno raggiunto un sufficiente sviluppo intellettuale e in coloro che sono affetti da gravi anomalie psichiche. «Il contenuto sostanziale dell'imputabilità, pertanto, va ravvisato nella *maturità psichica* e nella *sanità mentale*»¹⁶. Tale maturità psico-fisica, «in quanto normalmente presente nella persona adulta, legittima una presunzione di imputabilità, sia pure relativa»¹⁷, invero, si ritiene che sussista fino a prova contraria.

Da tali considerazioni emerge come sia preponderante il ruolo-rapporto tra scienza e diritto il quale si sostanzia nelle figure del perito e del giudice. Tale rapporto però non è scevro di aspetti problematici, in particolare per quanto riguarda l'accertamento delle alterazioni mentali in sede processuale. «Lo stato psichico va valutato caso per caso, per determinare come e in che misura tale stato abbia interferito con la capacità di intendere e di volere dell'agente»¹⁸.

¹⁴ R., A., Frosali, *Sistema penale italiano*, cit.

¹⁵ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale Art. 85-149*, Milano, 2005, p.14

¹⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, 2003, p. 610; «in luogo della parola “imputabilità” sarebbe forse più proprio usare l'espressione “capacità mentale”. Imputare, infatti, significa attribuire e l'aggettivo corrispondente (imputabile) si adatta assai bene ai risultati esteriori dell'azione stessa. Allorchè si parla di “non imputabilità” di un uomo, letteralmente si dice che a costui non può essere imputato alcun fatto; ma ciò non corrisponde alla stadio attuale dell'evoluzione giuridica, perché anche le persone mentalmente incapaci si attribuiscono fatti commessi e in conseguenza si applicano sanzioni giuridiche, e cioè le misure di sicurezza».

¹⁷ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009, p.67

¹⁸ Correda, Martucci, *Elementi di criminologia*, Padova, 2006

Sicché «il giudice di merito non possiede le specifiche competenze tecniche per valutare l'effettiva sussistenza di uno stato psichico alterato; pertanto, rimette al perito la suddetta valutazione»¹⁹. Esso «[il giudice] nomina il perito scegliendolo nell'albo dei periti ex art. 221 c.p.p. Il quesito peritale si struttura in un'analisi dello stato psicologico dell'agente al momento del fatto, prescindendo sia dalle valutazioni di carattere personale e sia dalla sussistenza dei requisiti fondanti del reato»²⁰. La perizia psichiatrica, però, risulta al centro di un acceso dibattito data la funzione che essa svolge in sede processuale. I punti di frizione sono molteplici. Un primo problema è dato dal tempo dell'accertamento del vizio mentale. Quest'ultimo, infatti, potrebbe essere effettuato in un tempo molto successivo rispetto alla commissione del fatto. La valutazione quindi dovrà essere fatta retrospettivamente; ciò implica che il perito dovrà ricostruire un'ipotetica condizione passata di incapacità.

Un'altra problematica in ordine alla perizia è che «spesso l'agente non ammette di aver commesso i fatti specificatamente contestati. In tali casi la perizia viene effettuata in virtù dei riscontri e degli avvenimenti accertati negli atti giudiziari. Pertanto il perito dovrà effettuare un'opera di interpretazione, talvolta anche forzata degli atti stessi»²¹, con il risultato che «la stessa perizia potrebbe essere priva di validità scientifica»²². Inoltre c'è da aggiungere che un ostacolo alla validità della perizia è dato anche dal luogo in cui si effettua, ossia il carcere, per cui anche la valutazione in suddette circostanze potrebbe risultare inidonea. Al netto di tali criticità spetterà comunque al giudice, in quanto *peritus peritorum*, accogliere o distaccarsi dalla valutazione psichiatrica, non essendone vincolato.

Tralasciando momentaneamente gli aspetti problematici in riferimento all'attività peritale, ha senso dunque parlare di rimproverabilità della condotta in quanto l'agente abbia effettivamente coscienza dell'antigiuridicità del fatto; tale coscienza sussiste nella misura in cui si inserisce nella facoltà di controllo e scelta del soggetto, rimanendo l'atto stesso altrimenti ascrivibile ad esso solo per una

¹⁹ Casagrande, Toresini, Venturini, *Il folle reato, il rapporto tra responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, Milano, 2010

²⁰ G., Giusti, *Trattato di medicina legale e scienza affini*, Padova, 2009

²¹ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, Salerno, 2016 p. 41

²² Carrieri, Catanesi, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato*. Riv. it. Medicina legale, 2001

relazione meccanicistica e meramente oggettiva. L'imputabilità deve essere intesa come capacità di colpevolezza, giacché non può esservi colpevolezza senza rimproverabilità²³, la quale postula, a sua volta, la «necessità, per la punibilità del reato, della effettiva coscienza dell'antigiuridicità del fatto»²⁴.

Occorre però soffermarsi ulteriormente su quanto disposto dall'art. 85, in particolare sull'inciso "al momento del fatto", in quanto l'imputabilità, così come tratteggiato sino ad ora, costituisce un modo di essere dell'individuo, una qualità soggettiva che, appunto, dovrà esistere o manifestarsi nel momento in cui il soggetto ha tenuto la condotta tipica, poiché esso è il momento in cui si verifica l'infrazione di cui il reo deve rispondere. Va sottolineata, e affiancata a tale disposizione, altresì l'interpretazione elaborata dalla storica sentenza Raso del 2005 (Cass. SS. UU. Penali, sentenza 08.03.2005 n. 9163), la quale intende tale momento (della commissione del fatto) non solo in termini temporali, ma anche causali.

Il principio esprime l'idea di un'imputabilità fortemente legata al parametro costituzionale della colpevolezza; il nesso eziologico richiesto assurge a criterio funzionale che permette di radicare il giudizio di imputabilità alla singola vicenda criminosa, rinforzando il legame tra il fatto e l'autore dello stesso anche nel caso di un soggetto non imputabile. Segnatamente, ciò che interessa ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, è che "il disturbo sia tale da compromettere gravemente l'attitudine tanto a percepire il disvalore del fatto commesso, quanto a recepire il significato del trattamento punitivo"²⁵.

Quelli appena delineati sono elementi riscontrabili non solo nel nostro sistema penale, ma bensì comuni ai sistemi penali europei e non solo. I valori

²³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, parte generale, cit., p. 321; «Affinchè si abbia il reato non basta quindi il solo fatto materiale: occorre anche il concorso della volontà»

²⁴ Cfr. Corte Costituzionale sentenza 24 marzo 1988 n.364

²⁵ Cass., SS.UU., 8 marzo 2005, n.9163; «Ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i disturbi della personalità, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di "infermità", purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale».

costituzionali, invertisi nell'archetipo penale, assurgono a principi di riferimento – assoluti - in quanto tutelano i diritti primari e fondamentali dell'uomo; la capacità di discernere e di libera autodeterminazione, strettamente connesse al concetto di responsabilità penale, divengono, dunque, i cardini che sorreggono la materia penale, pietra angolare posta dal legislatore, comune ad ogni società evoluta e di diritto.

2. Evoluzione storica

Perché la legge esige l'imputabilità? Per quali ragioni sono esenti da pena le persone prive della c.d. capacità di intendere e di volere?

È questo uno dei problemi più ardui e più dibattuti del diritto penale. «Sollevato da gran tempo e discusso grandemente anche da filosofi, esso non a torto è considerato fondamentale, perché ha strettissimi legami con la questione della natura e della funzione della pena»²⁶.

2.1 La Scuola Classica

La teoria più antica, che ancora oggi ha numerosi sostenitori, è quella della Scuola Classica. La Scuola Classica nasce in pieno illuminismo (XVIII), come reazione alla situazione politica, sociale e giuridica in cui si trovava l'Italia, e nella battaglia contro l'allora vigente sistema penale – caratterizzato dall'uso della tortura e dalla ferocia delle pene – trovava le proprie ragioni d'esistenza. Per questa dottrina, che «fa propria una concezione metafisica del diritto»²⁷, l'imputabilità è «fondata sul libero arbitrio, cioè sulla facoltà di autodeterminarsi secondo una libera scelta della propria volontà»²⁸. Secondo tale indirizzo la pena è un castigo e in quanto tale presuppone che il reo abbia consapevolmente scelto il male, mentre aveva la possibilità di scegliere il bene - la pena quindi ha una funzione meramente retributiva.

²⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, parte generale, cit., p. 612

²⁷ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1897, p.10

²⁸ Bettiol – Pettoello, Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1986, p.459

Questa libertà di scelta, secondo i seguaci della teoria in parola, fa difetto negli individui che non hanno un sufficiente sviluppo intellettuale o sono affetti da gravi anomalie psichiche: essi non sono liberi e, perciò, non possono essere puniti. Il reato è inteso come violazione cosciente e volontaria del comando penale, ma perché la volontà sia colpevole l'autore del reato, posto dinnanzi all'alternativa tra il bene e male, deve avere la «concreta capacità di intendere il valore etico-sociale delle proprie azioni e di determinarsi liberamente alla medesima, sottraendosi all'influsso dei fattori esterni ed interni»²⁹.

Gli individui affetti da anomalie psichiche o comunque immaturi, non essendo liberi – perché, appunto, privi della facoltà di scelta tra il bene e il male – non possono essere biasimati per il male commesso e quindi non possono essere puniti. Si aggiunge inoltre che, quando la libertà, pur non essendo esclusa, è notevolmente limitata, come avviene nei semi-infermi di mente o in alcune categorie di minori, la pena per ragioni di giustizia deve essere diminuita.

Questa dottrina evidentemente presuppone che sia risolto in senso affermativo il problema filosofico del libero arbitrio, problema che è uno dei maggiori e più ardenti che sin dall'antichità affaticano il pensiero umano.

A favore della soluzione positiva depone principalmente l'esperienza morale che ci afferma padroni delle nostre azioni, mentre per la negativa (che va sotto il nome di “determinismo”) milita il principio di causalità, per il quale nessun fenomeno può verificarsi senza che sia stato preceduto da un insieme di condizioni che lo determinano necessariamente. La questione è insoluta e tuttora aperta, perché, «da un lato, noi non sappiamo con sicurezza se la nostra coscienza di essere liberi sia una realtà o un'illusione; dall'altro, è ben lungi dall'essere provato che nel campo psichico domini illimitatamente il principio di causalità, il quale, del resto, è stato posto in dubbio anche nei riguardi del mondo fisico»³⁰.

Nell'intento di evitare gli scogli di un problema filosofico insoluto e forse insolubile come quello del libero arbitrio, molti criminalisti hanno cercato di

²⁹ F. Mantovani., *Diritto penale, Padova, 1992, p.560*

³⁰ Cfr., F. Frank, *Le principe de causalité et ses limites, 1937*

fondare l'imputabilità su altre basi. Ne sono derivate varie teorie, come quelle della normalità, dell'identità personale e dell'intimidabilità.

2.2 La Scuola Positiva

Alla Scuola Classica si contrappone un'altra corrente, di indirizzo radicalmente diverso, la Scuola Positiva. La teoria portata avanti da tale Scuola, che si è sviluppata nel corso del XIX secolo, respinge il principio classico della responsabilità individuale, sostituendo ad esso quello della «responsabilità sociale»³¹ (o legale).

Tre sono i fattori ritenuti determinanti per la nascita di tale indirizzo; l'affermarsi del metodo di indagine induttivo-sperimentale, il ristabilire un equilibrio fra «garanzie individuali e sociali nel campo della giustizia penale»³² (la Scuola Classica si era imposta per rivendicare e proteggere i diritti individuali contro gli abusi e i soprusi dell'autorità, andando inevitabilmente a comprimere il campo della difesa sociale, la quale venne trascurata specialmente per i soggetti moralmente non imputabili verso i quali non esistevano provvedimenti volti a salvaguardare la difesa sociale), ed infine l'inefficacia della funzione general preventiva dell'allora sistema penale vigente.

Per la Scuola Positiva il principio cardine, attraverso il quale si possono spiegare i vari fenomeni individuali e sociali, è il principio di causalità. E sulla base di tale presupposto per i positivisti, il delitto è il prodotto non di una scelta libera e responsabile del soggetto, ma di un triplice ordine di cause: «antropologiche, fisiche e sociali»³³. Mentre per la Scuola Classica il reato è considerato alla stregua di un'entità giuridica astratta, staccata dall'agente, per la concezione positivista il reato è un fenomeno naturale e sociale, un fatto umano indice di una

³¹ Cfr. F., Grispigni, *Corso di diritto penale*, Milano, 1932, p.128

³² A., Frosali, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958, p.36-37

³³ E., Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, 1929

personalità socialmente pericolosa. L'attenzione del diritto penale si sposta dal fatto criminoso in astratto alla personalità del delinquente in concreto, dalla colpevolezza per il fatto alla pericolosità sociale dell'autore «intesa come probabilità che il soggetto, per certe cause, sia spinto a commettere fatti criminosi»³⁴. In conseguenza, questa corrente «nega la distinzione fra imputabili e non imputabili»³⁵ e sostiene che ogni uomo, in quanto ha commesso un reato, ne deve rispondere di fronte alla società, la quale si difende contro di lui con «provvedimenti che non sono castighi, ma misure di miglioramento o sicurezza»³⁶.

Sulla base di tali presupposti non ha più senso castigare con la pena il reo, «perché fatalmente spinto da forze che agiscono dentro e fuori di lui»³⁷, il fine dei provvedimenti repressivi deve essere la difesa sociale, per cui coloro che delincono devono essere sottoposti a misure di sicurezza, volte a prevenire ulteriori manifestazioni criminose mediante il loro allontanamento dalla società e, ove possibile, il loro reinserimento nella vita sociale. Tali misure pertanto non devono essere proporzionate alla gravità del fatto, ma alla pericolosità del reo e, nella loro applicazione devono essere indeterminate nella durata e derogabili con cessare della pericolosità. Di guisa che la pena assume dei contorni e delle finalità differenti rispetto alla Scuola Classica, passando da una funzione retributiva ad una preventiva, connessa ad un comportamento non più giudicato “libero” «ma bensì determinato»³⁸.

2.3 La Terza Scuola

Per mediare il divario tra le due teorie (Scuola Classica e Scuola Positiva) si sviluppò la c.d. Terza Scuola.

³⁴ F., Mantovani, *Diritto penale, cit.*, p.562

³⁵ E., Ferri, *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Torino, 1878

³⁶ E., Florian, *Trattato di diritto penale, Milano, 1907, p.302*

³⁷ F. Mantovani, *Diritto penale, cit.*, p.563

³⁸ A., Fallone, *Responsabilità penale e libero arbitrio*, Giur. di Merito, fasc. 6, 2008, p. 1781

Da questo tentativo è nato il sistema del doppio binario, fondato sul dualismo della responsabilità individuale-pena retributiva e della responsabilità sociale-misura di sicurezza. Per quanto riguarda il fondamento del diritto di punire, questo indirizzo respinge il principio positivista della responsabilità sociale, e si avvicina alla concezione classica incentrando il diritto penale della responsabilità per il fatto volontario e colpevole e sull'imputabilità, ma fondando quest'ultima non sul postulato del libero arbitrio, bensì sui concetti di sanità mentale e di normalità.

Il merito della Terza Scuola è quello di «riconoscere il libero arbitrio del singolo, ma al contempo di ritenerlo fortemente condizionato da circostanze interne ed esterne, ossia dalla personale inclinazione e dall'ambiente»³⁹.

Tale libertà, però, si sottrae ad una successiva valutazione in quanto, superando l'indimostrabilità della capacità di volere come posta dalla Scuola Positiva, si ritiene che quest'ultima non sia «una affermazione ontologica, bensì un principio regolativo di tipo giuridico che pone limiti al potere statale e garantisce la libertà»⁴⁰. La capacità di volere, dunque, da un principio indimostrabile e necessario diviene un principio garantistico posto a tutela dell'individuo. Solamente il soggetto che riesce ad essere motivato dalle norme è in grado di intendere e di volere; motivabilità anche accertabile attraverso la psicologia e la psichiatria.

«La distinzione tra soggetto imputabile e non imputabile si basa proprio sulla motivabilità del soggetto rispetto alla norma, sicchè la mancanza di tale motivabilità non giustificherebbe la punizione, nemmeno in termini preventivi»⁴¹.

Ne discende, dunque, che l'agente che non gode di tali capacità non potrà essere assoggettato alla pena in senso stretto ma sarà invece destinatario di misure di sicurezza adeguate; da ciò deriva il c.d. sistema del doppio binario.

«Se, infatti, per assoggettare il reo alla pena in senso stretto è necessario un reato completo in tutti i suoi elementi costitutivi, ivi compresa la capacità di intendere e

³⁹ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.37

⁴⁰ C., Roxin, Sul problema del diritto penale della colpevolezza, Riv. it. dir. e proc. Pen., 1984 p.24

⁴¹ D. Mauri, O. De Leonardis, Gallio G., *Curare e punire, Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988

di volere, di cui l'art. 85 c.p., e della possibilità di muovere un rimprovero all'agente, per le misure di sicurezza, invece, è necessario solamente che il fatto sia previsto dalla legge come reato *ex art. 202 c.p.*, non necessitando, dunque, di imputabilità e rimproverabilità»⁴².

3. Rapporto tra imputabilità e colpevolezza

Per comprendere più affondo il concetto di imputabilità è bene tracciarne i rapporti, a volte dibattuti e problematici, con l'elemento della colpevolezza.

Con il termine "colpevolezza" viene indicato l'elemento soggettivo del reato. Il fatto di reato è costituito, infatti, da un aspetto oggettivo e da un aspetto psicologico (la colpevolezza), entrambi essenziali. Perché sia configurabile un illecito, quindi, è necessario che vi sia un legame psichico tra il fatto ed il suo autore, poiché l'ordinamento può sanzionare solo ciò che il soggetto ha voluto realizzare, ovvero ciò che era in suo potere prevedere e prevenire. La colpevolezza sta dunque ad indicare la necessità che il fatto tipico ed antigiuridico appartenga anche da un punto di vista psicologico al suo autore: non è sufficiente un nesso causale che leghi la condotta all'evento, ma è necessario altresì un «nesso psichico che leghi la condotta all'agente»⁴³.

Segnatamente, il mastice che unisce idealmente la colpevolezza e la funzione general-preventiva propria della sanzione penale è l'imputabilità.

La capacità di intendere e di volere è strettamente legata e collegata al concetto di colpevolezza; essa è la condizione attraverso la quale l'agente riesce a percepire il disvalore delle proprie azioni e a determinare il proprio agire.

La norma penale è, infatti, composta da due parti; il precetto e la sanzione. Esse hanno un ruolo ben delineato nell'architettura penalistica; il precetto è lo strumento con il quale diviene conoscibile il comportamento vietato dal legislatore, mentre

⁴² F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 1975, p. 507

⁴³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.323

la sanzione è lo strumento - la freccia più acuminata - che il legislatore adopera per dissuadere chicchessia dal compimento di un atto confliggente con la propria ambizione di tutela della collettività.

La Corte Costituzionale definisce la colpevolezza «quale fondamento etico della responsabilità penale»⁴⁴. La colpevolezza, quindi, assurge a pietra angolare della prescrizione morale del diritto penale, facendo proprio anche il compito di limitare, di porre dei paletti, alla pretesa coercitiva dello Stato.

Lo stato, uno Stato di diritto, si impegna ad assicurare la salvaguardia e il rispetto dei diritti e della dignità del popolo attraverso l'emanazione di norme, chiare, comprensibili, tassative e determinate.

Affinchè la disposizione sanzionatoria possa rappresentare anche un comando etico deve essere, quantomeno, comprensibile e realizzabile; qualsivoglia coercizione di matrice punitiva svilirebbe la funzione rieducativa della pena se non lo fosse (comprensibile e attuabile).

Empiricamente, alla luce dell'art. 27, comma 3 Cost., il giudizio di valore mosso nei confronti di chi ignorava (inevitabilmente) la norma penale e di chi non era in grado di intendere e di volere porta ad analoghe conclusioni; la non rimproverabilità dell'agente. Infatti, nessun rimprovero può essere mosso a chi non poteva conoscere la disposizione penale, come nessun rimprovero può essere mosso nei confronti di chi non è in grado di determinarsi o di comprendere il significato della stessa; di conseguenza senza il rimprovero, senza l'intrinseca antidoverosità dell'agire, verrebbe meno la stessa aspirazione rieducativa dello Stato.

⁴⁴ Corte Cost. n. 364 del 1988: «L'indispensabile colpevolezza quale attuazione, nel sistema ordinario, delle direttive contenute nel sistema costituzionale vale ricordare non solo che tal sistema pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure ai fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata) ma anche che lo stesso sistema, allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su <congrui> elementi subiettivi».

Tale principio, «strettamente correlato alla responsabilità penale, è di rilievo costituzionale e trova la propria collocazione nel disposto di cui all'art. 27, co. I, Cost., il quale afferma che la “responsabilità penale è personale”».⁴⁵

Inizialmente inteso nella sua accezione minimale teso ad escludere una mera responsabilità per fatto altrui, il principio di colpevolezza, successivamente alla storica sentenza della Corte Cost. n. 364 del 1988, assume un'accezione più estesa che di fatto attribuisce piena rilevanza costituzionale al ben più pregnante principio di responsabilità per fatto proprio colpevole.

Il rapporto tra imputabilità e colpevolezza deve quindi necessariamente partire da una considerazione: può essere rimproverato solamente colui che può comprendere il significato dissuasivo della norma penale e/o possiede le capacità di poter porre dei limiti alle sollecitazioni della mente; solo così il fatto potrà essere considerato “proprio” e “colpevole”.

Nel disegno costituzionale, l'applicazione della pena presuppone, pertanto, l'attribuibilità psicologica soggettiva del fatto criminoso alla volontà anti-doverosa del reo, arrestandosi «laddove [questi] non sia in grado di signoreggiare gli eventi»⁴⁶.

Come accennato in precedenza, la dottrina italiana ha, da sempre, ragionato circa il rapporto tra la colpevolezza e l'imputabilità, il quale, è bene precisare, riguarda solamente l'aspetto della destinatarietà degli obblighi e doveri penali, e non anche

⁴⁵ E., Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze*, cit., p.17; sul punto si v., *ex multis*, Corte Cost., n. 107 del 1957, ove, testualmente, la Consulta interpreta l'art. 27, nei limiti di «[...] un tassativo divieto della responsabilità per fatto altrui, senza alcun riferimento al divieto di responsabilità oggettiva. Il limpido significato della norma stessa è confermato [...] dai lavori preparatori, nei quali espressamente ed univocamente fu manifestato, come unico scopo della disposizione, quello di vietare tutte le forme di repressione che avevano avuto recenti esempi di triste esperienza, relativi a responsabilità estesa a persone o a gruppi di persone estranee al reato e diverse dal colpevole, ma che costituivano soltanto rappresaglia e vendetta contro gruppi famigliari o etnici ai quali l'imputato apparteneva. [...] Così inteso, il contenuto della prima parte dell'art. 27, già citato, richiede come requisito della responsabilità penale personale quel rapporto di causalità materiale tra azione ed evento che è enunciato dall'art. 40 c.p. e che è sufficiente a stabilire tra il soggetto ed il fatto preveduto come reato, quel carattere di suità in cui consiste il requisito della personalità della responsabilità penale».

⁴⁶ Cfr. G. Fiandaca, E., *Musco, Diritto penale. Parte generale*, cit., p.309

quello della tutela; 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 indirizzo definisce l'imputabilità come «uno stato, un modo di essere del soggetto, distinto dal reato e preliminare ad esso»⁴⁷. Alcuni autorevoli giuristi⁴⁸ tendono a far coincidere la nozione di capacità di pena con quella di capacità di diritto penale, finendo così per annullare l'autonomia della seconda. Ma tale identificazione non può essere accettata, bisogna quindi distinguere tra capacità penale, cioè la capacità di essere soggetto di diritto penale e, quindi, al diritto penale, che è propria di tutti gli individui, prescindendo da età, fattori psico-fisici o dalla immunità; e la capacità alla pena, concetto sul quale, invece, incidono tali aspetti fisiologici e psicologici.

Per tale concezione, quindi, l'imputabilità non è altro se non uno *status* personale che rende idoneo il soggetto ad essere destinatario, prima ancora che della pena, del comando penale. L'imputabilità atterrebbe, «al pari della pericolosità sociale, alle condizioni personali per reo»⁴⁹. I non imputabili quindi sarebbero solo oggetto del precetto e non veri e propri destinatari di esso, non potendo cogliere la minaccia contenuta nel precetto non si può pretendere che essi regolino il proprio comportamento di conseguenza. «Gli inimputabili, e cioè quelle persone che per il nostro codice sarebbe sfornite della “capacità di intendere e di volere” sarebbero al di fuori del raggio d'azione dei precetti della legge, la quale nei loro confronti non avrebbe efficacia obbligatoria»⁵⁰.

Tale assunto però deve essere respinto con forza poiché la norma penale, nel suo complesso, deve vedere come proprio destinatario ogni “consociato” e non

⁴⁷ B. Petrocelli, *La colpevolezza*, Padova, 1955, p.11 ss.

⁴⁸ Si veda, come esempio, Bettiol, Pettoello, Mantovani, *Diritto penale, parte generale, cit.*, p.455

⁴⁹ 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

⁵⁰ Cfr. Petrocelli, *La funzione della pena*, in *Riv. dir. penit.*, 1935; Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, p.87

soltanto coloro che sono in grado di avvertirne la minaccia – appunto, gli imputabili -, in quanto «i comandi della legge hanno un valore assoluto: essi tendono ad attuarsi a chicchessia e incondizionatamente, tanto che, di norma, si applicano a coloro che li ignorano, salvo che l'ignoranza sia inevitabile»⁵¹. D'altra parte non è, appunto, vero che gli individui sforniti di maturità e sanità mentale siano sempre incapaci di comprendere i precetti della legge e di uniformarsi ad essi. I bambini e i pazzi sono, ad esempio, tutt'altro che insensibili tanto ai premi quanto ai castighi, come l'esperienza della vita quotidiana dimostra in modo indubbio.

La norma penale, in conseguenza, si dirige a tutti gli individui, senza alcuna eccezione, quali che siano le loro condizioni psico-fisiche, in quanto «contiene un messaggio valutativo di tutela e di rafforzamento dei valori»⁵².

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»⁵³. In tale accezione l'imputabilità è considerata alla stregua di uno *status*, di una condizione necessaria affinché il soggetto possa essere punito⁵⁴. La «mancanza di imputabilità, quindi, costituisce semplicemente una causa personale di esenzione della pena»⁵⁵. La conseguenza che ne deriva è che la violazione della legge penale da parte del non imputabile, «pur non importando in concreto l'applicazione di una pena, costituisce reato»⁵⁶.

⁵¹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.60; «Perfino gli animali sono in grado, in certi limiti, di subire l'efficacia della minaccia di un male»

⁵² Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p.516

⁵³ Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, p.11

⁵⁴ Tale concezione fu adottata dal Grispigni, *La sistematica della parte generale del diritto penale*, in Riv., dir. penit., 1934. Vedi anche A., Levi, *Istituzioni di teoria generale di diritto*, Padova, 1935, p.31

⁵⁵ Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.618

⁵⁶ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.162

Elementi a sostegno di tale assunto emergono direttamente dal codice penale, in particolare focalizzando lo sguardo verso gli artt. 222 e 224. Queste norme, infatti (richiamando indirettamente l'art. 133 c.p.), fissano per le misure dell'OPG (ora REMS in seguito alla legge n.81 del 2014) e del riformatorio giudiziario dei minimi di durata che dipendono dalla gravità del reato.

«Per stabilire tale gravità nel sistema del nostro codice ha un peso decisivo l'elemento del dolo o della colpa, il giudice non potrebbe applicare quelle disposizioni senza accertare se il fatto compiuto dall'infermo di mente o dal minore incapace sia doloso o colposo»⁵⁷.

Ne deriva, quindi, che il dolo e la colpa possono esistere e hanno rilevanza giuridica anche nei confronti delle persone non imputabili, 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 assoggettabilità a pena in senso stretto»⁵⁸.

Tali riflessioni porterebbero a concludere che nel diritto penale il dolo e la colpa non implicano necessariamente l'imputabilità dell'agente, la quale, in conseguenza, non potrebbe nemmeno essere considerata, come dottrina maggioritaria ritiene, presupposto o elemento costitutivo della colpevolezza.

Tuttavia, occorre rilevare che tale concezione è stata superata.

Infatti, secondo dottrina prevalente, l'imputabilità viene costruita come capacità di colpevolezza, o meglio, come presupposto della stessa. Il dolo e la colpa non esauriscono il concetto di colpevolezza che, inteso in senso normativo, ricomprende anche la rimproverabilità del reo e vede atteggiarsi in maniera differente l'elemento soggettivo a seconda che si riferisca ad un soggetto imputabile o meno. Tale dottrina, di conseguenza, ritiene che non sia corretto parlare di cause di esclusione della pena, ma di cause di esclusione della colpevolezza, in quanto prima che incapace di essere destinatario della pena, il

⁵⁷ F., Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.328

⁵⁸ Fiandaca, Musco, *Diritto penale parte generale*, cit., p.329

soggetto è incapace di colpevolezza, nel senso che non è possibile muovergli alcun rimprovero.

3.3 Imputabilità come presupposto della colpevolezza

Il terzo orientamento, seguito dalla dottrina maggioritaria⁵⁹, identifica l'imputabilità come capacità di colpevolezza. L'imputabilità quindi viene inquadrata come logico presupposto della colpevolezza in senso normativo. «L'imputabilità deve essere ricondotta nell'alveo concettuale della colpevolezza»⁶⁰

Il concetto di colpevolezza si è sviluppato attraverso due concezioni. Nella seconda metà del XIX secolo dominava la concezione psicologica, secondo la quale la colpevolezza consisteva in un nesso psichico tra l'agente ed il fatto. Agli inizi del '900 viene elaborata la concezione "normativa", la quale concepisce la colpevolezza come un concetto normativo, che esprime «il giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà che era possibile assumere»⁶¹.

È proprio con l'affermarsi della concezione normativa che l'imputabilità viene ad essere vista come presupposto della colpevolezza. «La dottrina tradizionale, infatti, ritiene che l'imputabilità vada ricondotta nella teoria generale del diritto quale presupposto della colpevolezza intesa in senso normativo come rimproverabilità per il fatto»⁶². Ne consegue, che l'imputabilità stessa, ancor

⁵⁹ In questo senso si v., *ex multis*, G. Fiandaca, E. Musco; F. Mantovani; G. Marinucci; E. Dolcini; T. Padovani

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005 n. 9163

⁶¹ F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1992, p.294

⁶² L'altro diritto, Riv. ita. dir. e proc. pen. ; «*In particolare si sostiene che la colpevolezza implica necessariamente la maturità e normalità psichica, dal momento che per agire con dolo è necessario conoscere la realtà, rendersi conto dell'azione che si compie e delle conseguenze che essa comporta; così come per agire con colpa occorre essere capaci di agire diligentemente e prudentemente, anche se poi ci si comporta diversamente. Quindi, in mancanza di imputabilità non si avrà colpevolezza, ma solo pericolosità*».

prima di essere capacità alla pena sarebbe capacità alla colpevolezza⁶³. Tale opinione si basa anche sulla radicata convinzione che il giudizio sulla colpevolezza implichi un rimprovero morale al soggetto, per cui, dal momento che per «rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa occorre che essa si sia formata in un soggetto capace di intendere e di volere»⁶⁴.

In particolare si sostiene che la colpevolezza presuppone necessariamente la maturità e normalità psichica, in quanto tale giudizio di valore dovrà setacciare la psiche di un soggetto che deve essere stato libero di scegliere se agire in quel determinato modo, ed ove tale situazione non si fosse realizzata non potremmo parlare di volontà colpevole, ma di volontà coartata o viziata.

A ben vedere i concetti del dolo e della colpa riflettono atteggiamenti della psiche che necessariamente importano una conoscenza ed una volizione: si agisce dolosamente in quanto si conosca la realtà e ci si renda conto dell'azione che si compie e del risultato cui essa tende o conduce; si agisce colposamente, in quanto ci si comporti con imprudenza, imperizia pur essendo capaci di agire prudentemente.

Il folle potrà compiere atti determinati da impulsi riconducibili alla sua volontà: ma questa non è una volontà giuridicamente qualificabile come dolo, poiché alla base del dolo (e della colpa) vi sono concetti che presuppongono la normalità psichica (conoscenza, previsione, conoscibilità, prevedibilità). Ove tutto questo manchi, non potrà aversi colpevolezza, ma come successivamente vedremo, pericolosità sociale.

Così facendo viene valorizzata la reale portata del concetto di capacità di 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

⁶³ Come rileva Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 324; «il non imputabile non commetterebbe un reato non punibile, ma un fatto tipico non colpevole».

⁶⁴ F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., p.303

funzione che alla pena si voglia riconoscere»⁶⁵. Infatti nella nota e fondamentale sentenza Raso, le Sezioni Unite della Suprema Corte chiariscono in motivazione che, «nonostante la collocazione codicistica dell'art. 85 c.p. (titolo IV del primo libro, intitolato al reo e alla persona offesa dal reato), l'imputabilità deve essere intesa come capacità di colpevolezza, giacché non può esservi colpevolezza senza rimproverabilità («coscienza dell'illiceità»⁶⁶), la quale postula, a sua volta, la necessità, per la punibilità del reato, dell'effettiva coscienza, nell'agente, dell'antigiuridicità del fatto»⁶⁷ come anche definitivamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale⁶⁸.

Segnatamente, «il giudizio di rimprovero e la conseguente risposta sanzionatoria hanno, infatti, ragione di essere nella misura in cui il reo sia cosciente dell'illegalità del comportamento realizzato, potendo, dunque, operare come strumento intimidatorio e di orientamento culturale»⁶⁹. Altrimenti il messaggio assegnato dal legislatore risuonerebbe nel vuoto.⁷⁰

Questo ultimo orientamento si presenta come il più moderno e il più attento alle esigenze garantistiche del principio di colpevolezza e della finalità rieducativa della pena, riportando l'imputabilità, intesa come capacità di colpevolezza, all'interno del reato come presupposto dell'elemento soggettivo.

4. L'evoluzione del concetto di colpevolezza

Appare doveroso e utile tratteggiare i contorni dogmatici della colpevolezza nelle sue varie accezioni ed evoluzioni. Tale operazione è necessaria per determinare e comprendere a pieno il rapporto tra essa e l'imputabilità, con riferimento particolare al fatto, colpevole o meno, del soggetto sfornito della capacità di

⁶⁵ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p.51

⁶⁶ S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p.166

⁶⁷ Cass. Sez. Un., 8 marzo 2005

⁶⁸ Cort. Cost., n.364 del 1988

⁶⁹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., pp.390 ss.

⁷⁰ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.21; «Solo in tal senso potrà essere compreso l'appello ed il messaggio contenuto nella sanzione punitiva in un'ottica di prevenzione speciale rieducatrice»

intende e di volere. Decidere se imputabilità e colpevolezza sono legate avrà, poi, riflessi sulla configurabilità o meno del reato.

Con il termine colpevolezza viene indicato uno dei requisiti indefettibili per l'applicazione della pena. Oltre che alla commissione di un fatto tipico ed anti giuridico, infatti, la punibilità è subordinata ad un atteggiamento di rivolta del soggetto nei confronti dell'ordinamento. «La colpevolezza rappresenta quindi l'elemento soggettivo, all'interno del quale confluiscono quelle condizioni che legittimano la pretesa punitiva»⁷¹. Si tratta di una definizione nata dall'esigenza di raccogliere in una nozione unitaria sia i concetti di dolo che di colpa. Ciò posto, in materia, si contendono il campo due teorie: la teoria psicologica e la teoria normativa. Mutuando le definizioni di una certa parte della dottrina⁷²: la colpevolezza consiste nel rapporto psicologico esistente tra il soggetto agente e l'azione che cagiona l'evento. È questa «la concezione psicologica della colpevolezza, storicamente antitetica rispetto a quella normativa»⁷³, che invece ravvisa la colpevolezza nel «rapporto di conflittualità tra la volontà del soggetto agente e la volontà della società, immanente nella norma violata, sicché ciò che rileva non è tanto la volontà dell'azione causativa dell'evento, quanto l'atteggiamento antidoveroso della volontà»⁷⁴.

4.1 La concezione psicologica della colpevolezza

La prima teoria a svilupparsi fu la c.d. teoria psicologica della colpevolezza⁷⁵. Elaborata da Beling, contemplava gli elementi soggettivi del reato (il dolo e la colpa) alla stregua di legami psichici tra soggetto e fatto (estromettendo qualsiasi contenuto di valore, che resta assorbito nel dato psichico della volontarietà), riducendoli ad unità. Tale concezione, di derivazione illuministica, da un lato

⁷¹ A. Greco, In Riv. giur. it., eperutti-diritto, 2016

⁷² G. Bellavista, *Il problema della colpevolezza*, Palermo, 1942, p.133

⁷³ F. Mantovani, *Diritto penale parte generale*, Padova, 2015, p.294

⁷⁴ Cfr. F. Giunta, *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2002, pp.123 ss.

⁷⁵ Fra gli altri adottano la concezione psicologica: F. Alimena, *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, p. 39 e Bellavista, *Il problema della colpevolezza*, cit., p.133

richiede per la punibilità la partecipazione psicologica del soggetto al fatto, dall'altro esclude ogni valutazione di riprovazione morale sul comportamento dell'agente. «Essa adottava una netta ripartizione tra gli elementi della fattispecie, in quanto teneva gli elementi oggettivi nell'ambito della tipicità, e trasferiva quelli soggettivi nella colpevolezza»⁷⁶. Secondo tale orientamento, quindi, la colpevolezza consiste in un nesso psicologico tra individuo e fatto.

In questa prospettiva la colpevolezza è uguale per tutti i fatti, per cui non rilevarebbe ai fini della graduazione della pena che invece si baserebbe solo su elementi oggettivi; ciò considerato, quindi, la colpa fonderebbe ma non graduerebbe la responsabilità, indefettibilmente necessaria per la valutazione circa l'*an* ma totalmente estranea a qualsivoglia valutazioni riguardo il *quantum* di punibilità. La teoria, così facendo, costruisce un concetto di genere idoneo a ricomprendere sia il dolo che la colpa. Tuttavia tale teoria presta il fianco a numerose critiche, infatti dolo e colpa sono fenomeni irriducibili ad unità essendo il dolo un elemento psicologico reale (volontà) e la colpa invece solo “potenziale” (prevedibilità). «Essa ha il difetto di non considerare un aspetto che è pure essenziale alla colpevolezza, e cioè il carattere antidoveroso che l'atteggiamento della volontà deve presentare. Un comportamento psichico che non contrasti con un dovere imposto all'agente, infatti, non può costituire né dolo, né colpa»⁷⁷.

4.2 La concezione normativa della colpevolezza

Il lungo dibattito circa la collocazione sistematica dell'imputabilità arriva ad un approdo, potremmo dire anche definitivo, con la concezione normativa della colpevolezza⁷⁸. Tale orientamento ha avuto origine in Germania nei primi anni del

⁷⁶ F. Lombardi, *Appunti di diritto penale*, in Riv., it., dir. pen., 2012

⁷⁷ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.324 - in risposta alla concezione normativa della colpa; «Il contenuto psichico della volontà colpevole è troppo importante per essere trascurato o relegato in un secondo piano, perché ponendo l'accento sul giudizio di valore (la c.d. riprovevolezza), si mostra quasi di ritenere che l'elemento in parola non risieda nella psiche del reo, ma nella testa di colui che pronuncia il giudizio stesso, e cioè del giudice, il che sarebbe davvero assurdo».

⁷⁸ Seguono in Italia la concezione normativa, fra gli altri: Delitala, *Il fatto*, p.83, Musotto, Bettiol. Nello stesso senso Romano, *Commentario*, p.308

XX secolo dal teorico e giurista Reinhold Frank. La rivoluzione copernicana, in tal senso, 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»⁷⁹.

Infatti, «per evitare che la colpevolezza si esaurisca in uno stato psicologico, in un fatto, la concezione normativa ha finito con l'esteriorizzare il giudizio di valore sulla azioni umane»⁸⁰. La rimproverabilità diviene il presupposto, prima di tutto a livello concettuale, della colpevolezza⁸¹. Il giudizio di riprovevolezza non viene più elaborato con riferimento alla sola personalità del reo ma tenendo conto anche del suo rapporto con l'ambiente e il contesto sociale in cui vive ed estrinseca quella personalità. Quindi la colpevolezza non si limita più al solo dolo e alla sola 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.

La rimproverabilità sarà, pertanto, più elevata quanto più sarebbe stato esigibile un comportamento conforme alla norma da parte del reo, e sarà minore quanto meno poteva in concreto richiedersi a quest'ultimo di rispettare la regola di condotta; non ogni fatto volontario, infatti, è uguale all'altro e merita lo stesso rimprovero. «A rigore, sostenere la concezione normativa vuol dire assumere come presupposto della colpevolezza l'imputabilità dell'agente»⁸² - cioè la sua capacità di intendere e di volere. «In difetto di tali presupposti non vi sarebbe la possibilità di rimprovero»⁸³. Difatti la consapevolezza si basa o sulla coscienza e volontà dell'evento o sulla prevedibilità e conoscibilità dello stesso, che presuppongono la maturità e la sanità psichica.

⁷⁹ M. Gallo, Appunti di diritto penale, cit., p.27; «Se non siamo in grado di accertare che il soggetto che ha realizzato un certo fatto era in tale situazione, ne escludiamo la punibilità. Da quest'angolo visuale possiamo anche convenire sull'opinione che l'imputabilità condivide questa finalità, iscrivendola pertanto in quella particolare qualifica che, accanto all'antigiuridicità, il reato può presentare: la colpevolezza».

⁸⁰ Altalex- quotidiano di informazione giuridica.

⁸¹ In tal senso Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., p.527; Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.291; Mantovani, *Diritto penale*, cit., p.306

⁸² Cfr. R. Mazzon, *Responsabilità oggettiva e semioggettiva*, Torino, 2012

⁸³ E. Salerno, op. cit., p.30

Già il Carrara era giunto a simili conclusioni, individuando due elementi fondamentali circa il giudizio di rimproverabilità; l'imputabilità morale e politica. La prima richiede che al soggetto sia ascrivibile il fatto in base alle leggi della «responsabilità umana»⁸⁴ 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»⁸⁵.

L'importante novità che di conseguenza viene alla luce è la graduabilità della colpevolezza che diventa ora possibile grazie ad un punto di riferimento oggettivo, appunto, la riprovevolezza del comportamento rispetto a quanto prescrive il dato normativo: il fatto doloso è il fatto volontario che non si doveva volere, pertanto si rimprovera al soggetto di averlo cagionato; il fatto colposo, invece, è il fatto che si è prodotto a causa dell'agire di un soggetto imperito, imprudente o negligente. «In entrambi i casi l'agente si è comportato in modo difforme da come l'ordinamento voleva che agisse»⁸⁶. Questa è la grossa differenza rispetto alla concezione psicologica, che non rimprovera nulla semplicemente perchè non intende formulare giudizi di valore e, necessariamente, applica la pena solo se individua il nesso psichico, a prescindere dal rimprovero che può muoversi al soggetto. «In tal modo la colpevolezza rileva non solo nel fondare ma anche a graduare la punibilità, essendo la volontà diversamente rimproverabile in ragione della maggiore o minore antidoverosità»⁸⁷. Tale visione è orientata verso una funzione preventiva del diritto penale perché la pena deve essere proporzionata all'atteggiamento del soggetto agente per non perdere la sua funzione di deterrente alla delinquenza.

E' evidente inoltre come questa teoria si ricolleggi all'idea del libero arbitrio dell'uomo; un rimprovero può muoversi solo se l'uomo era libero di scegliere. Se tale libero arbitrio non esisteva allora anche la pena è inutile perchè non potrà assolvere nessuna delle funzioni che le sono proprie. Il che implica che la pena sia proporzionata, più che al fatto oggettivo commesso, alla personalità del soggetto, e quindi all'aspetto soggettivo della vicenda; con una netta prevalenza, quindi,

⁸⁴ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, Lucca, 1877

⁸⁵ Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, cit.

⁸⁶ M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, cit., p.17

⁸⁷ A. Greco, in *Riv. it. dir. pen.*, cit.

dell'influsso dalla teoria della retribuzione rispetto a quella specialpreventiva; ciò detto, «sarà più o meno rimproverabile (l'agente) a seconda se dallo stesso potesse richiedersi il rispetto effettivo della norma, tenendo in considerazione le circostanze oggettive che hanno fatto da contorno al fatto, e le caratteristiche soggettive inerenti all'agente»⁸⁸. Da una parte occorre considerare l'intensità del dolo e della colpa; d'altra parte, però, non possono trascurarsi anche gli ulteriori fattori inerenti alla personalità dell'agente. È la ragione, infatti, a garantire la libertà.

Le circostanze che sono richiamate dall'art. 133 c.p., come le “condizioni di vita del reo”, contribuiscono proprio a definire il suo abito volitivo e a precisare, quindi, in che modo e fino a che punto il soggetto poteva reagire agli stimoli delittuosi con il suo “io” razionale. «Essa (la colpevolezza), quindi, anziché una realtà psicologica è un dato normativo che esprime il rapporto di contraddizione tra la volontà del soggetto e la norma»⁸⁹.

In questo senso la colpevolezza è un rimprovero che può muoversi all'autore del fatto; è quasi un giudizio di valore, poiché consiste in una specie di giudizio morale, di rimproverabilità per l'atteggiamento dell'agente, che però, mutuando le parole della Corte Costituzionale, «abbia avuto la possibilità di rendersi conto di commettere un fatto penalmente illecito»⁹⁰.

Sotto questi punti di vista la concezione normativa della colpevolezza risulta essere la più coerente con il dettato costituzionale, in particolare ben si concilia con il terzo comma dell'art. 27 Cost. che, nell'esplicare la funzione rieducativa della pena, sarebbe ben poco comprensibile ove si ammettesse una responsabilità penale anche in ordine a fatti relativamente ai quali non sia possibile muovere alcun rimprovero all'autore. Altresì risulta essere la più apprezzata dalla moderna dottrina e giurisprudenza, le quali non si limitano più a considerare l'imputabilità

⁸⁸ F. Lombardi, *Appunti di diritto penale, Nozioni di sistematica del reato*, in Riv. it. dir. pen., 2012; «Quando la tipicità e l'antigiuridicità saranno stati accertati, e la colpevolezza sussisterà senza dubbio, l'entità della pena oscillerà a seconda del grado di rimproverabilità, tra il minimo e il massimo edittale, tenendo altresì in considerazione gli altri elementi utili ai fini della commisurazione della pena, ovvero i criteri di valutazione della gravità del reato, di cui all'art. 133 del codice penale».

⁸⁹ F. Mantovani, *Diritto penale parte generale*, cit.

⁹⁰ Corte Cost., n.364 del 1998

solo come mera capacità di intendere e di volere, ma bensì come «capacità di pena, in quanto capacità di colpevolezza»⁹¹.

5. Imputabilità e coscienza e volontà

I concetti di coscienza e volontà sono ricorrente nell'ordinamento penale, poiché ripresi da più norme. Un valido esempio è fornito dal primo comma dell'art. 42 c.p.⁹² e, appunto, dall'art. 85 c.p. nei quali ridondano tali concetti. Come già si è notato, l'imputabilità si fonda sulla capacità di intendere, (la coscienza), e la capacità di volere, (la volontà). Tale sovrapposizione concettuale rischia però di trarre in inganno, infatti «taluni hanno ritenuto che si trattasse di espressioni del tutto equivalenti»⁹³, sono pertanto necessarie alcune precisazioni. La coscienza e volontà dell'azione o dell'omissione di cui l'art. 42, spesso indicata con il termine “*suitas*”, è, nell'ambito del diritto penale, l'indispensabile nesso psichico (reale o potenziale) che deve intercorrere tra l'agente e la condotta illecita perché possa ipotizzarsi, in armonia con il primo comma dell'art. 27 Cost⁹⁴., una responsabilità penale a suo carico.

Tale binomio (coscienza e volontà) pone le basi dell'appartenenza della condotta all'agente. Quest'ultima, cioè, proverrà materialmente dal reo, e costituirà il c.d. fatto proprio. Infatti, il fatto, verrà considerato come proprio quando appartiene all'agente, poiché è eziologicamente connesso a quest'ultimo ed egli l'ha commesso con coscienza e volontà. In un primo momento «la *suitas* veniva basata sulla presenza del c.d. impulso psichico reale della volontà, considerandosi esclusa nei casi di: atti automatici, istintivi e di riflesso, o condotte derivanti da distrazione o dimenticanza»⁹⁵. Tale concezione dovette essere ripensata, poiché forte era avvertito il rischio di impunità anche nel caso in cui tali atti potessero

⁹¹ M. Bertolino, *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg. Pen.*, 2006, p.215

⁹² Il quale recita “*Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà*”.

⁹³ L'altro diritto, *Riv. giur. it.*

⁹⁴ Cui afferma, “*La responsabilità penale è personale*”

⁹⁵ F. Lombardi, *Appunti di diritto penale*, op. cit.

essere evitati con maggiore diligenza; specialmente «a proposito delle omissioni, e particolarmente di quelle dovute alla dimenticanza dell'azione che doveva essere compiuta»⁹⁶, comportando con ciò, il pericolo di accantonare la responsabilità colposa.

Si indicò quindi «una nuova via interpretativa, che consisteva nel valutare la *suitas* anticipando l'oggetto del controllo fino a dare rilievo a quegli atti precedenti rispetto a quelli sforniti di impulso psichico reale»⁹⁷. Ma in tal caso si rischiava di rendere penalmente rilevante un atto assai lontano dal fatto illecito, rendendo il controllo aleatorio ed eccessivo. Si giunse quindi alla tesi dominante, che considera la *suitas* come somma di impulso psichico reale della volontà e inerzia del volere. Cioè, la condotta sarà considerata propria del reo non solo nel momento in cui una mente cosciente ha fornito l'impulso al movimento corporeo o alla stasi, ma anche nel caso in cui il soggetto agente poteva in concreto evitare il fatto; «la volontà ha senza dubbio un campo in cui può dominare coi suoi poteri di impulso e di inibizione»⁹⁸.

«Un'azione o un'omissione assume rilievo solo se dominata o dominabile dall'agente»⁹⁹.

La *suitas* – nesso psichico – a ben guardare, può essere, quindi, considerato un vero e proprio prerequisito della responsabilità penale.

Alla stregua di quanto detto la dottrina individua e riconduce tra le cause di esclusione della *suitas* il caso fortuito o la forza maggiore ex art. 45 c.p., e il costringimento fisico, ex art. 46 c.p.¹⁰⁰. «Nell'attribuibilità al volere (*suitas*) consiste il nesso psichico che è il primo fattore dell'elemento del reato, nesso che sussiste non solo quando l'atto esterno è dovuto ad un impulso cosciente, ma anche quando con un conato del volere poteva essere impedito. Non sussiste,

⁹⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.343; «Ne deriva che gli atti automatici, positivi o negativi, vanno divisi in due gruppi: a) atti che possono essere impediti dalla volontà mediante i suoi poteri di arresto e di impulso; b) atti che si svolgono al di fuori di ogni possibile controllo del volere».

⁹⁷ G. Forleo, *Diritto penale*, Riv it. giur. 2012

⁹⁸ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.343

⁹⁹ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.36

¹⁰⁰ G. Alfa, R. Garofoli, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Roma, 2013

invece, negli atti che la coscienza non ha avvertito e non poteva avvertire neppure con uno sforzo dell'attenzione, nonché negli atti che, pur essendo avvertiti dalla coscienza, sono determinati da una forza fisica, fisiologica o psichica superiore al potere della volontà»¹⁰¹.

Fatte queste precisazioni è opportuno soffermarsi sul rapporto tra imputabilità e coscienza e volontà. Già durante i lavori preparatori, i redattori del codice si erano posti il problema del coordinamento fra le due disposizioni: «mentre l'art. 85 regola la generica capacità di agire nel diritto penale, l'art. 42 regola l'effettiva volontà del caso concreto»¹⁰², «non vi è, dunque, identità di obbiettivo»¹⁰³. Si tratterebbe di guisa «di due posizioni diverse della volontà»¹⁰⁴. Da qui la conclusione per cui «la coscienza e volontà non sono un inutile duplicato della capacità di intendere e di volere richiesta per l'imputabilità dell'art. 85 c.p. Infatti mentre questa [l'imputabilità] è uno *status* personale, quella [la *suitas*] riguarda il rapporto specifico tra volontà del soggetto ed un determinato atto. L'individuo può essere imputabile e ciò nonostante può compiere un'azione senza coscienza e volontà come nel caso del sonnambulismo»¹⁰⁵.

Come affermato da tale autorevole dottrina, la diversità tra questi concetti risiede nel fatto che l'imputabilità viene considerata alla stregua di una condizione personale, mentre la *suitas* implica una relazione tra il volere del soggetto e un certo atto. Tale diversità risulta maggiormente marcata nelle ipotesi in cui non è possibile negare, da un lato, l'assenza di volontà, e, dall'altro, la presenza di maturità psichica e sanità mentale¹⁰⁶.

Concludendo, si può affermare che, nonostante l'ambiguità delle formulazioni utilizzate dal legislatore, mentre l'art. 42 concerne l'attribuibilità o meno di un

¹⁰¹ F. Antolisei, *Sul concetto dell'azione nel reato*, in Riv. pen., 1925. Cfr in senso conforme, Ranieri, *Dir. Pen., parte generale*, pp.235-236; Gallo, *Dolo*, in *Enciclopedia del diritto*, p.53; Mantovani, *dir. pen.*, p.298

¹⁰² L'altro diritto, Riv. giur. it.

¹⁰³ Relazione sul libro I del progetto del guardasigilli Alfredo Rocco, n.99, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p.140

¹⁰⁴ Relazione al Re, n.26, in *Gazzetta Ufficiale* 26 ottobre 1930

¹⁰⁵ Mantovani, *diritto penale, parte generale*, cit.

¹⁰⁶ Ad esempio, nel caso dell'operaio che, cascando da un'impalcatura a causa del vento, uccide un passante.

determinato atto alla volontà dell'agente, in base all'art. 85 c.p. si considera se, al momento del fatto, l'individuo possedeva le qualità personali richieste dal legislatore per sottoporlo ad un giudizio di valore-rimprovero.

6. Struttura del reato

Il concetto di reato trae origine dalla legge penale, in quanto fra legge penale e reato vi è un nesso indissolubile, essendo quest'ultimo, propriamente, la violazione di un comando o divieto penale. «In generale il reato viene definito: "ogni fatto al quale l'ordinamento giuridico ricongiunge come conseguenza una pena"»¹⁰⁷. Ed è proprio la pena che caratterizza e distingue il diritto criminale dalle altre frange dell'ordinamento; pena che, appunto, essendo la sanzione per antonomasia ed investendo, di conseguenza, direttamente taluni diritti fondamentali della persona, deve necessariamente sottostare al "controllo" di determinati principi regolatori. Principi che trovano la loro ragion d'essere e fondamento direttamente nella Costituzione, e che, in rispetto di tale orientamento, ne rispecchiano idealità etiche, sociali e politiche.

La pena è la più grave delle sanzioni ed è per tale motivo che «lo Stato ricorre ad essa per farsi ubbidire dai "sudditi"»¹⁰⁸. Ma essa è un male non solo per chi la subisce, ma anche per lo Stato stesso, al quale impone oneri considerevoli, che ne comportano, secondo la legge del minimo mezzo, un utilizzo il più possibile oculato, ricorrendovi solo come *extrema ratio*, quindi, solo quando risulta strettamente necessario.

Ciò detto, traspare quanto sia necessaria una comprensione piena del reato in quanto tale, sia da un punto di vista sostanziale che analitico. «L'analisi non deve essere, però, fine a se stessa, ma va considerata come uno strumento per meglio

¹⁰⁷ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.165; «[...] esistono nel nostro ordinamento giuridico sanzioni che presentano gli stessi caratteri sostanziali delle pene, in quanto, al pari di queste, implicano una sofferenza, ma non sono pene in senso proprio (ad es. le sanzioni amministrative). Affinchè la nozione sia veramente esatta, è necessario porre in rilievo che la sanzione deve essere una pena vera e propria, e cioè quella pena che si dice "criminale"».

¹⁰⁸ Cfr., Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p.144

perseguire l'indagine di questa "entità"¹⁰⁹. Pertanto, «nello studio del reato anzitutto bisogna distinguere gli elementi essenziali dagli elementi accidentali»¹¹⁰. Sono essenziali, come risulta dalla stessa denominazione, quegli elementi che costituiscono l'essenza stessa del reato; gli elementi costitutivi. Gli elementi accidentali, invece, sono quegli elementi la cui presenza o assenza non influisce sull'esistenza del reato; sono le c.d. circostanze del reato.

In Italia, in riferimento agli elementi essenziali del reato, sono fiorite e si sono diffuse due correnti di pensiero, che si ricollegano ad altrettante teorie, di cui solo una viene attualmente seguita dalla dottrina.

La c.d. teoria della tripartizione¹¹¹ e la c.d. teoria della bipartizione¹¹².

6.1 La teoria della tripartizione

Dinnanzi alla questione su quali siano gli elementi strutturali del reato (c.d. elementi essenziali), sono state avanzate, come poc'anzi accennato, due tesi meritevoli di attenzione. La prima viene comunemente denominata "teoria della tripartizione". «La dottrina tradizionale ravvisava nel reato la presenza di due soli elementi generali: quello soggettivo e quello oggettivo (la forza morale e la forza fisica, secondo la terminologia del Carrara), successivamente, però, da molti si ritenne che gli elementi essenziale del reato potessero essere tre: il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza»¹¹³. Tale assunto si sviluppò in Germania dove valido esponente (nonché colui che per primo lo teorizzò) fu Beling. Secondo tale accezione lo studio del reato – fatto umano – deve ripartirsi in tre indagini

¹⁰⁹ Sul punto rileva il Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, in Riv., it., dir., proc., pen., 1963, p.9: «La considerazione analitica, come ogni operazione della mente, tende ad una sua finalità; e questa è appunto la visione unitaria del reato, cioè la visione della sintesi e dell'unità attraverso l'analisi».

¹¹⁰ Cfr., Pannain, *Gli elementi essenziali del reato*, Roma, 1936, p.77

¹¹¹ Fra i seguaci di tale sistema ricordiamo: Delitala, *Il fatto*, p.13; Maggiore, *Dir. Pen.*, p.205; Petrocelli, *Principi*, p.237; F. Alimena, *appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, p.35; Padovani, *dir. pen.*, p.124 e Bettiol-Pettoello Mantovani, *Dir., pen.*, p. 248

¹¹² Fra i quali; Carmignani, *Elementa juris criminalis*, §97; Carrara, *Programma*, §53; Pessina, *Elementi*, §39

¹¹³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.211

distinte: una dedicata al reato come ente di fatto, la seconda all'antigiuridicità e la terza alla colpevolezza.

Primo componente è il c.d. fatto tipico, cioè, il fatto umano corrispondente alla fattispecie cristallizzata nella norma incriminatrice, inteso come fatto materiale nei suoi requisiti oggettivi (condotta, evento, nesso di causalità). «La tipicità del fatto è la necessaria appendice del principio di legalità formale, del *nullum crimen sine lege*, perché solo attraverso la tipicità è possibile indicare ai consociati quali fatti devono astenersi dal compiere per non incorrere nella sanzione penale»¹¹⁴. Essa (la tipicità) indica che il primo passo per un controllo di responsabilità penale deve concretizzarsi nell'essere la fattispecie concreta sussumibile nella fattispecie astratta. «Deve, cioè, abbinarsi perfettamente agli elementi richiesti dalla norma penale, ed essere “coperta” da quest'ultima»¹¹⁵.

Il secondo elemento della teoria della tripartizione è l'antigiuridicità¹¹⁶: con essa si suole indicare la contrarietà del fatto all'ordinamento giuridico. Può, invero, accadere che un fatto astrattamente corrispondente alla fattispecie descritta nella norma incriminatrice «sia giustificato»¹¹⁷ ovvero consentito in base ad una

¹¹⁴ M. Toriello, *L'autore del reato*, scuola di specializzazione per le professioni penali, 2011

¹¹⁵ F. Lombardi, *Appunti di diritto penale*, cit.

¹¹⁶ Sull'antigiuridicità cfr. G. Marinucci, *Antigiuridicità*, in *Digesto pen.*, Torino, p.172

¹¹⁷ Un esempio di quanto addotto è direttamente fornito dal codice stesso, il quale agli articoli 50 e ss. c.p. indica quelle che comunemente sono denominate “scriminanti” o cause di giustificazione”. Esse rendono consentito, appunto, giustificato, un comportamento che astrattamente rientrerebbe nella tipicità di una fattispecie criminosa. Esse sono:
art. 50 (consenso dell'avente diritto): «Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne»;
art. 51 (esercizio di un diritto o adempimento di un dovere): «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del fatto risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine»;
art. 52 (difesa legittima): «Non è punito chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa. Nei casi previsti dall'art. 614 [violazione di domicilio], primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto

valutazione effettuata alla stregua non solo dell'ordinamento penale, ma dell'intero ordinamento giuridico»¹¹⁸. Ciò significa che possono esservi fatti tipici che non saranno considerati antigiuridici, poiché consentiti o addirittura imposti da un ramo dell'ordinamento; l'interprete, prima di giungere alla conclusione che è stato commesso un illecito penale, dovrà verificare se il fatto non debba essere ritenuto lecito sulla base di una norma extrapenale, non sia dunque "coperto" da un'esimente, da una causa di giustificazione¹¹⁹ (che renderebbero quel determinato fatto quantomeno tollerabile).

«Ulteriore presupposto per la punibilità del fatto è che esso sia riconducibile alla responsabilità di un soggetto che ne risulta autore»¹²⁰, di guisa, terzo ed ultimo elemento presente nella teoria oggetto di illustrazione è, appunto, la colpevolezza: la quale indica la volontà riprovevole che si sostanzia (e gradua) nelle forme del dolo e della colpa. Perché sia configurabile un illecito è necessario che vi sia un legame psichico tra il fatto ed il suo autore, poiché l'ordinamento può legittimamente sanzionare solo ciò che il soggetto ha voluto realizzare, ovvero ciò che era in suo potere prevedere e prevenire. Mi sono limitato a tratteggiare solo gli aspetti superficiali di tale ultimo elemento, in quanto, già sviluppato e analizzato nei paragrafi precedenti (§3.3, §4 §4.1 e §4.2).

all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale»;

art. 53 (uso legittimo delle armi): «*Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'autorità o comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aereo, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona [...]»;*

art. 54 (stato di necessità): «*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo non da lui volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo. La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretto a commetterlo».*

¹¹⁸ M. Toriello, *L'autore del reato*, cit.

¹¹⁹ Essa si distingue, dunque, da due note: l'una positiva (la conformità del fatto concreto al modello astratto di reato) e l'altra negativa (la mancanza di cause di giustificazione).

¹²⁰ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.156;

La teoria poc'anzi delineata è altresì la maggiormente seguita¹²¹, perché idonea a meglio rappresentare i passaggi logici del ragionamento per la comprensione circa la sussistenza di un comportamento riprovevole. È, inoltre, «un utile strumento ai fini del controllo giudiziale sulla responsabilità penale»¹²². Il primo stadio concerne il controllo di sussunzione, valutare cioè se il fatto concreto presenti i caratteri del fatto tipico. Poi bisogna valutare se il fatto tipico è antigiuridico, cioè se non sussistono cause di giustificazione e se il fatto non è tollerato, autorizzato o facoltizzato in alcun ramo dell'ordinamento, e in seguito controllare se il fatto tipico e antigiuridico poteva essere in concreto «evitato» dal soggetto agente¹²³.

6.2 La teoria della bipartizione

«Nell'ambito della dottrina italiana, come precedentemente accennato, specie a livello manualistico, la concezione tripartita convive con la teoria della c.d. bipartizione»¹²⁴. Secondo la stessa, gli elementi sistematici del reato sono costituiti dalla sola tipicità, seguita, dalla colpevolezza; quindi il reato, alla stregua di siffatta concezione, sarebbe composto del solo «elemento fisico [l'elemento oggettivo] e dell'elemento psichico [elemento soggettivo]»¹²⁵.

In ogni reato, invero, troviamo un fatto materiale, e più precisamente, «un comportamento esteriore dell'uomo, perché il diritto è norma dell'operare, è regola di condotta, destinata a disciplinare i rapporti della vita sociale»¹²⁶. Quindi,

¹²¹ Per un'efficace sottolineatura dei vantaggi della concezione tripartita v. Marinucci, *Fatto e scriminanti*, in Riv., it., dir. proc. pen., 1983, p.1190 ss. In senso critico cfr. Giuliani Balestrino, *Sull'intima crisi della concezione tripartita del reato*, in *Indice pen.*, 1984, p.465 ss.

¹²² F. Lombardi, *Appunti di diritto penale*, cit.

¹²³ Successivamente Marinucci e Dolcini mostrarono di preferire una concezione c.d. "quadripartita" del reato, definito come «fatto umano, antigiuridico, colpevole e punibile»: la "punibilità" diviene il quarto elemento costitutivo del reato, assurgendo a categoria destinata a ricomprendere «l'insieme delle condizioni, ulteriori, ed esterne rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo» (Marinucci e Dolcini, *Corso*, cit., p.497)

¹²⁴ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.156

¹²⁵ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p.10

¹²⁶ F. Antolisi, *Manuale di diritto penale*, cit., p.214

in sostanza, «per la teoria bipartita il reato è un fatto umano commesso con volontà colpevole»¹²⁷.

Seguendo quanto detto, l'antigiuridicità, cioè la non conformità tra la tutela impartita dall'ordinamento ed il fatto, non costituirebbe un terzo elemento autonomo, ma l'essenza, "l'in sé", del reato. È proprio in questo punto che si individua la grande differenza tra le due concezioni; non esiste, per tale teoria, l'antigiuridicità, o meglio, l'antigiuridicità è già ricompresa nella tipicità, le appartiene. Pertanto la concezione bipartita ritiene che, nel momento in cui un fatto sia tipico, esso sarà antigiuridico per diretta conseguenza. La tipicità, per i sostenitori di questa teoria, sarà vista, di per sé, come diretta illiceità del fatto e non come mera coincidenza tra il fatto e la norma, su cui poi si debba attuare un secondo grado di controllo.

Ciò detto, «Essa [l'antigiuridicità] è, in sostanza, un giudizio di relazione tra il fatto interamente considerato e la norma penale»¹²⁸ o meglio un giudizio di disvalore sociale del fatto che lo caratterizza e lo qualifica come illecito penale. Per tale teoria la presenza di una causa di giustificazione non esclude semplicemente l'antigiuridicità, bensì l'esistenza stessa del fatto tipico, in quanto le scriminanti vengono considerate quali elementi negativi del fatto, cioè elementi che devono mancare perché il fatto costituisca reato. Per tali ragioni la teoria in questione viene anche denominata come "teoria degli elementi negativi del fatto".

Come accennato in apertura, la concezione dominante¹²⁹ e meglio rispondente alle esigenze sostanzialistiche è la prima esaminata, cioè, la teoria della tripartizione. Ciò nonostante è bene precisare che nell'ambito della dottrina italiana non manca chi segue la teoria bipartita: «ciascuno studioso adotta la concezione sistematica che ritiene più adatta a descrivere il fenomeno oggetto di indagine»¹³⁰.

¹²⁷ AA.VV., Diritto penale, parte generale, XVII edizione, Napoli, 2007, p.57

¹²⁸ Mantovani, diritto penale, parte generale, cit.

¹²⁹ Per completezza; in Italia è fiorita anche un'altra concezione; quella patrocinata da Marinucci e Dolcini, *Corso*, p.467, nella quale aggiungevano un quarto elemento della fattispecie, la punibilità. E in passato già ipotizzata da G. Battaglini, *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Annali*, 1934 p.122

¹³⁰ E. Calise, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.27;

7. L'elemento soggettivo

Il reato è costituito da un elemento oggettivo (la condotta, l'evento ed il nesso di causalità) e un elemento soggettivo (dolo, colpa e preterintenzione).

La forma più grave di colpevolezza è rappresentata dal dolo, poiché «chi agisce con dolo aggredisce il bene protetto in maniera più intensa di chi agisce con colpa»¹³¹.

L'articolo 43 c.p. al comma primo statuisce che *“il delitto è doloso o secondo l'intenzione quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della sua azione od omissione”*.

Dalla definizione fornita dal codice si desume che il dolo è costituito da due componenti:

- a) la rappresentazione¹³²: «e cioè la visione anticipata del fatto che costituisce il reato (momento conoscitivo)»¹³³;
- b) la volontà: «volontà consapevole di realizzazione del fatto tipico»¹³⁴.

Quanto all'oggetto del dolo l'art. 43 c.p. prevede che rappresentazione e volontà abbraccino l'evento dannoso o pericoloso. Tale dicitura ha provocato il sorgere di numerosi dubbi circa il significato da attribuire alla parola “evento”: infatti, parte della dottrina riteneva che il legislatore facesse riferimento unicamente all'evento naturalistico. Siffatta concezione, tuttavia, avrebbe portato al paradossale risultato di non ricomprendere al suo interno i reati di pura condotta.

¹³¹ AA.VV., *Diritto penale, parte generale*, 2007, Napoli, p.177

¹³² Siffatto momento deve abbracciare tutti gli elementi costitutivi; se l'agente ignora o erra su taluni di essi, potrà manifestarsi un “errore”, il quale esclude il dolo.

¹³³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.346

¹³⁴ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 320; gli autori sul punto continuano: «L'imputazione a titolo di dolo, in omaggio al principio cogitationis poenam nemo patitur, presuppone che la volontà si traduca in realizzazione almeno nello stadio del tentativo punibile (art. 56 c.p.)».

Per questo si è ritenuto che «il termine evento non vada inteso nel senso di risultato naturale della condotta, ma nel senso di offesa, cioè di lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto dal diritto, come tale presente in ogni reato sia di evento che di pura condotta»¹³⁵. Va in ogni caso precisato, che l'oggetto del dolo non è circoscritto al solo evento, ma interessa il fatto tipico costitutivo del reato in ogni suo elemento¹³⁶.

Infine, del dolo sono possibili distinguere varie sfumature e tipologie.

Vi è il dolo diretto (o intenzionale)¹³⁷ e il dolo indiretto (o eventuale)¹³⁸, generico¹³⁹ e specifico¹⁴⁰, il dolo di danno e di pericolo¹⁴¹, d'impeto e di proposito¹⁴².

Oltre al dolo l'art. 43 del codice penale indica un ulteriore forma dell'elemento soggettivo: la colpa.

Il sopracitato articolo afferma altresì che *“il delitto è colposo o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”*.

¹³⁵ AA.VV, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.180

¹³⁶ Quindi la condotta, le circostanze antecedenti e concomitanti tipizzate, l'evento naturalistico, ecc.

¹³⁷ Per dolo diretto o intenzionale, si intende l'azione protesa verso quel determinato risultato. L'evento realizzato dall'azione o l'omissione dell'agente è voluto e preveduto come conseguenza del proprio agire.

¹³⁸ Essa è la forma più attenuata del dolo. Il soggetto ha, sì, previsto il realizzarsi dell'evento dannoso o pericoloso, ma non l'ha voluto come conseguenza diretta del proprio agire. Costui, costi quel che costi, pone in essere la propria condotta, accettando il rischio che possa inverarsi l'evento lesivo.

¹³⁹ Il dolo si suole dire "generico" allorché il fatto descritto nella norma incriminatrice sia voluto.

¹⁴⁰ Il soggetto agisce mosso da un determinato fine. L'interesse sotteso all'azione od omissione del reo costituisce l'elemento strutturale del dolo specifico. È bene precisare, tuttavia, che non è necessaria la realizzazione dello scopo che muove il soggetto ad agire, in quanto la sua realizzazione sta al di fuori degli elementi del reato.

¹⁴¹ Il dolo è di danno quando il soggetto ha voluto ledere il bene giuridico. Mentre è di pericolo allorquando abbia voluto solamente minacciarlo (il bene giuridico tutelato).

¹⁴² Il dolo d'impeto si caratterizza per essere frutto di una decisione impulsiva, improvvisa, la quale porta l'agente a dare immediata esecuzione all'azione (od omissione). Viceversa, negli altri casi, è di proposito. Più precisamente quando passa un significativo lasso di tempo tra la nascita dell'idea criminosa e l'attuazione del reato. Se tale idea è accompagnata da preordinazione dei mezzi o delle modalità con le quale svolgere l'azione o l'omissione, si avrà premeditazione (la quale costituisce un'aggravante speciale nei delitti di omicidio (art. 577 n. 3) e lesioni personali (art. 585)).

Il *discrimen* tra l'elemento doloso e quello colposo risiede nella mancanza di quella volontà dell'evento che è propria del dolo. Nel reato colposo, infatti, l'agente «ha bensì realizzato il fatto previsto dalla legge come reato con una condotta che risale alla sua volontà (propria di lui), ma non lo ha voluto né direttamente, né indirettamente»¹⁴³.

Dalla definizione (art. 43 c.p.) si deduce, inoltre, che occorre che l'evento si sia verificato per inosservanza di regole cautelari ossia per imprudenza, negligenza o imperizia ovvero per la violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline.¹⁴⁴

Sicché la colpa potrà ben bipartirsi in colpa generica e colpa specifica:

la colpa generica trae origine direttamente dalla violazione di talune regole cautelari (o di diligenza)¹⁴⁵. Con essa si rimprovera all'agente di non aver prestato la dovuta attenzione, di essere stato poco diligente; si punisce la leggerezza con la quale il soggetto ha agito¹⁴⁶;

mentre la colpa specifica germoglia nel momento in cui la condotta del soggetto agente si sviluppa in dispregio di leggi, regolamenti, ordini o discipline¹⁴⁷.

La colpa può essere cosciente ed incosciente: «la prima si ha quando l'agente ha preveduto l'evento senza averlo voluto (e, perciò, si dice anche “colpa con previsione”); l'altra si verifica allorché l'evento non è stato neppure previsto»¹⁴⁸.

¹⁴³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 366

¹⁴⁴ «La colpa punibile, ai sensi dell'art. 43 c.p., si estrinseca non solo nella inosservanza di obblighi imposti da leggi, regolamenti ordini o discipline, ma anche in un comportamento negligente, imprudente o imperito, o, comunque, violatore di regole fondamentali di condotta che, apprezzato rispetto sia alla situazione realistica in cui si è svolto l'episodio criminoso, sia alla relatività della situazione stessa riguardata sotto il profilo della condotta dell'imputato, si riveli tale da aver determinato un evento delittuoso estraneo alla volontà del predetto, nel senso che se detta condotta fosse stata regolare l'evento stesso non si sarebbe verificato»; (Cass. 1-3-1991, in *Riv. Pen.*, 1991, 909).

¹⁴⁵ Appunto, negligenza, imprudenza, imperizia.

¹⁴⁶ Affinché possa attribuirsi una responsabilità a titolo di colpa generica, è necessario che il fatto sia prevedibile o prevenibile (altrimenti alcun rimprovero potrebbe essere mosso al reo).

¹⁴⁷ Per quanto riguarda tale tipologia di colpa, si ritiene che sia sufficiente la violazione di una delle regole menzionate dall'art. 43 c.p. perché si abbia responsabilità. Ciò perché l'inosservanza di dette regole concreta di per sé l'imprudenza dell'agire del reo; il giudizio di prevedibilità e prevenibilità è già stato operato dal legislatore stesso, il quale ha cristallizzato e tipizzato quel determinato comportamento doveroso.

¹⁴⁸ F. Antolisei, *op. cit.*

Ultima sfumatura riguardo l'elemento voluto del reato è costituita dalla c.d. preterintenzione. L'art. 43 c.p. dispone che il delitto “è *preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente*”.

Tale forma di colpevolezza ben può essere collocata a metà strada tra il dolo e la colpa (non essendo né secondo, né contro l'intenzione, bensì “oltre” di essa). In realtà quella che sembra essere una regola di carattere generale trova applicazione solo per un reato; “*l'omicidio preterintenzionale*”. Infatti ai sensi dell'articolo 584 del codice penale è punito “*chiunque, con atti diretti a commettere uno dei delitti previsti dagli articoli 581¹⁴⁹ e 582¹⁵⁰ [c.p.], cagiona la morte di un uomo [...]*”¹⁵¹.

Gli elementi strutturali di tale delitto, pertanto, sono costituiti dalla volontà dell'evento minore (percosse o lesioni)¹⁵², dalla non volontà dell'evento più grave (morte)¹⁵³ e dal nesso di causalità tra l'azione diretta a cagionare il primo evento e quello più grave in concreto verificatosi¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Fa riferimento al reato di “percosse”: «*Chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito[...]*».

¹⁵⁰ Tale articolo, recante “lesioni personali”, dispone: «*Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito [...]. Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste dagli artt. 583 e 585 c.p. [...] il delitto è punito a querela di parte*». Anche se non figura tra gli articoli richiamati tassativamente dall'art. 584 c.p., deve essere ricompreso, come reato presupposto dell'omicidio preterintenzionale, anche la fattispecie di cui all'art. 583 c.p. Quest'ultima porta come *nomen iuris* “circostanze aggravanti” (tale norma prevede degli inasprimenti di pena a seconda del grado di gravità delle lesioni riportate dal soggetto passivo), le quali sono riferite all'articolo 582 (lesioni).

¹⁵¹ In realtà ai sensi della l. 22 maggio 1978, n. 194, viene contemplata un'ulteriore ipotesi criminosa preterintenzionale: “aborto preterintenzionale” (chiunque provochi l'interruzione della gravidanza, cagionato con azioni dirette a provocare lesioni alla donna).

¹⁵² A tal uopo è bene precisare che tali atti, appunto perché “diretti” a cagionare percosse o lesione, devono essere il frutto di un dolo diretto, non essendo in tal senso sufficiente il meno intenso dolo eventuale (Cass. 7-4-1989, n. 4904, in *Riv. pen.*, 1990). Non è neppure necessario che tali atti siano “andati a segno”, bastando anche il tentativo (Cass. 20-11-1988, in *Riv. pen.*, 1989).

¹⁵³ Secondo AA.VV., Diritto penale, parte generale, p.209: «*per quanto riguarda l'evento più grave deve sussistere un rapporto di contraddizione dello stesso con la volontà del soggetto, nel senso che esso non deve essere voluto neppure a titolo di dolo eventuale; se infatti il soggetto si è rappresentato la possibilità che dalla sua azione diretta a percuotere o ledere potesse derivare la morte dell'agredito e ne ha accettato il rischio, risponderà di omicidio volontario (art. 575 c.p.) e non di omicidio preterintenzionale*». Sul punto anche Cass. 21-6-2001, n. 25239: «*Il criterio distintivo tra l'omicidio volontario e l'omicidio preterintenzionale risiede nell'elemento*

7.1 Dolo e colpa nel non imputabile

Pare doveroso spostare l'attenzione anche verso un'altra questione controversa, la quale ad oggi risulta, per certi versi, ancora insoluta.

L'interrogativo cui parte della dottrina dibatte riguarda il dolo e la colpa nel non imputabile, e di conseguenza, la configurabilità stessa del reato compiuto dall'incapace.

La risposta a tale quesito risulterà certamente diversa a seconda della concezione adottata. Se si considera la colpevolezza come mero «rapporto psicologico esistente tra il soggetto agente e l'azione»¹⁵⁵, e quindi, se si abbraccia la concezione psicologica della colpa, l'imputabilità sarà considerata come uno stato della persona che nulla ha a che vedere con la colpevolezza, sicchè un reato –fatto tipico, anti-giuridico e colpevole – può essere commesso anche da un soggetto non imputabile.

Tale orientamento sarebbe avvalorato anche dalla sistematica codicistica, che tratta separatamente della colpevolezza nel Titolo III dedicato al reato (artt. 42, 43) e dell'imputabilità nel Titolo IV dedicato al reo (art. 85). Alla stregua di tali assunti, avvalorati anche dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵⁶ il giudizio sulla

psicologico, nel senso che nell'ipotesi della preterintenzione la volontà dell'agente è diretta a percuotere o a ferire la vittima, con esclusione assoluta di ogni previsione dell'evento morte, mentre nell'omicidio volontario la volontà dell'agente è costituita dall'animus necandi, ossia dal dolo intenzionale, nelle gradazioni del dolo diretto o eventuale, il cui accertamento è rimesso alla valutazione rigorosa di elementi oggettivi desunti dalle concrete modalità della condotta (il tipo e la micidialità dell'arma, la reiterazione e la direzione dei colpi, la distanza di sparo, la parte vitale del corpo presa di mira e quella concretamente attinta)».

¹⁵⁴ La natura della responsabilità dell'agente è dibattuta. Per la dottrina prevalente (Cfr. F. Antolisei, *op. cit.*, p. 394; Fiandaca, Musco, *op. cit.*, p. 598; Frasali, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, p.537), tuttavia, si ritiene che essa debba essere addebitata a titolo di responsabilità oggettiva. In ogni caso, è bene rammentare che, a seguito della celebre sentenza della Corte Cost. n. 364 del 1988 anche nei casi di responsabilità oggettiva è richiesto un minimo di colpevolezza, atta a sostenere il giudizio di rimprovero nei confronti dell'agente (in accordo con la concezione normativa della colpa).

¹⁵⁵ E. Calise, *Colpevolezza, Imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.28; «La punibilità è, infatti, circoscritta nei limiti di ciò che è prevedibile ed evitabile. Il soggetto può pianificare la sua vita in modo da non incorrere in sanzioni penali e non è incoerente affermare che sarà, invece, chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producono conseguenze penalmente vietate»

¹⁵⁶ Cfr. Cass. Pen., 7 aprile 2003, n.16260

colpevolezza sarebbe autonomo rispetto a quello sull'imputabilità, poiché i moventi psicologici del dolo e della colpa apparterrebbero tanto all'*amens* e *infans*, quanto al maturo e al sano di mente; tant'è che gli artt. 222 e 224 c.p., per l'applicazione delle misure di sicurezza, prescrivono al giudice di accertare se il fatto commesso dall'infermo o dal minore sia doloso o colposo, prevedendone (art. 224) l'assoggettabilità, appunto, in seguito al giudizio relativo all'elemento soggettivo del dolo e della colpa.

È evidente come secondo tale concezione l'imputabilità sia un elemento che empiricamente trova collocazione al di fuori della colpevolezza, essendo, piuttosto, uno *status* della persona, una qualificazione soggettiva¹⁵⁷. Seguendo tale teoria, l'imputabilità *ex* art. 85 verrebbe a qualificarsi alla stregua di un mero presupposto per l'assoggettabilità alla pena, dunque, la mancanza di imputabilità non farebbe venire meno il reato, ma andrebbe ad integrare solo una causa personale di esenzione dalla pena: «solo una volta che si 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»¹⁵⁸ e quindi punibile.

Il legislatore sembra non differenziare l'elemento soggettivo in capo all'incapace rispetto a quello proprio del soggetto imputabile, di guisa, il primo, sarebbe in grado di compiere un fatto qualificato e previsto dalla legge come reato, risultandogli preclusa solamente l'applicazione di una pena; «il dolo e la colpa non implicano necessariamente l'imputabilità dell'agente, la quale, in conseguenza non può essere considerata come presupposto o elemento della colpevolezza»¹⁵⁹

Però, va sottolineato, la dottrina più recente e maggioritaria, abbraccia un'altra concezione della colpevolezza, meno legata al mero dato normativo-codicistico e più orientata verso i valori ed il dettato costituzionale; la c.d. concezione normativa.

¹⁵⁷ Cfr. F. Grispigni, *La responsabilità giuridica dei c.d. non imputabili*, Milano, 1920, p.6

¹⁵⁸ M. Amisano, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, p. 125

¹⁵⁹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 329

Imprescindibile premessa è rimandata all'art. 27 Cost. nella parte in cui afferma che «le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato», infatti alcuna finalità rieducativa può essere attesa nei confronti di un soggetto a cui niente possa essere rimproverabile, non sussistendo i requisiti per un intervento correttivo; l'inflizione di una pena risulterebbe ingiusta ed arbitraria¹⁶⁰.

Inoltre, lo stesso art. 27 Cost., nell'affermare il divieto di “responsabilità per fatto altrui”, così come interpretato nella sua accezione più estesa dalla Corte Costituzionale, come «responsabilità per fatto proprio colpevole»¹⁶¹, attribuisce, di fatto, rilevanza costituzionale al principio di colpevolezza, imponendo ai fini dell'applicazione della pena, «l'attribuibilità psicologica soggettiva del fatto criminoso alla volontà anti-doverosa dell'autore»¹⁶², arrendendosi «laddove [questi] non sia in grado di signoreggiare gli eventi»¹⁶³.

Riprendendo un concetto suesposto (4.§, 4.2§), risulta chiaro che, secondo la concezione normativa, la responsabilità di un soggetto postuli la capacità di comprendere le proprie azioni ed il potere di controllare i propri impulsi, nonché «l'aspettativa ragionevole, psicologicamente e criminologicamente fondata di ciò che i consociati possono evitare»¹⁶⁴. Segnatamente, senza imputabilità non può aversi colpevolezza, tutt'al più pericolosità. Muovendo da tali conclusioni, parte della dottrina si è sforzata di ridisegnare i contorni dell'elemento soggettivo del non imputabile, in riferimento al disposto di cui gli artt. 222 e 224 c.p., coniando le espressioni “pseudo-dolo” e “pseudo-colpa”¹⁶⁵.

Di conseguenza gli artt. 222 e 224 non si riferirebbero ad un autentico concetto di dolo e di colpa ma ad un mero atteggiamento psichico qualificabile, appunto, come pseudo-dolo e pseudo-colpa. La scienza psichiatrica più recente ha evidenziato come la patologia mentale possa influire negativamente sui processi cognitivi della mente umana, alterandone il raziocinio e il sistema della convinzioni.

¹⁶⁰ Cfr. Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.309

¹⁶¹ Corte Cost. sent. N.364 del 1988

¹⁶² A. Lo Conte, op. cit., p.17

¹⁶³ Cfr. Fiandaca, Musco, *diritto penale*, cit., p.309

¹⁶⁴ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa. Il diritto minorile*, cit., p.60

¹⁶⁵ Mantovani, *Diritto penale*, 2007, cit., p.287

Tali definizioni, pertanto, identificano e considerano il dolo e la colpa solo da un punto di vista naturalistico; in poche parole, sono il loro substrato. Esse trovano riscontro anche nel dato letterale dello stesso art. 85, il quale, infatti, parla di un fatto, naturalistico, oggettivo e previsto dalla legge come reato.

In conclusione, sembra preferibile quest'ultima soluzione, in conformità con la dottrina maggioritaria e la concezione normativa della colpevolezza: senza imputabilità non vi sarebbe reato, bensì mero torto oggettivo; essa, appunto (l'imputabilità), seguendo il predominante orientamento dottrinale e del diritto vivente, ha trovato la propria dimensione come presupposto della colpevolezza, postulando, a qualsivoglia analisi criminologica, un giudizio di valore, ancorato alle capacità di comprensione e di autodeterminazione dell'individuo.

Il soggetto non imputabile non potrebbe validamente essere rimproverato e tanto meno rieducato; di conseguenza verrebbe meno un importante architrave penalistico, necessario per un corretto reinserimento sociale dell'agente, ma ancor di più, per una maggiore tutela della collettività. Se invece si considerasse come valida la prima teoria, seguita dalla dottrina minoritaria, l'imputabilità sarebbe qualificata come mero presupposto per l'assoggettabilità alla pena, integrando solo una causa personale di esenzione della pena, non influenzando la configurabilità empirica del reato.

In ogni caso, va considerato che il dolo e la colpa, sia nel caso dell'imputabile che del soggetto sfornito della capacità di intendere e di volere, sono elementi costitutivi del reato, e come tali devono essere sempre oggetto di specifico accertamento da parte del giudice secondo le regole generali previste dal codice, «e cioè con riferimento all'ipotesi di un soggetto agente dotato di normale capacità di intendere e di volere»¹⁶⁶.

¹⁶⁶ M. Bertolino, *Il reo e la persona offesa*, cit., p.63

8. Condizioni psicofisiche al momento del fatto

Come accennato all'inizio di questo lavoro (§1.) un aspetto di assoluto rilievo nell'analisi e lo studio della disciplina dell'imputabilità è il contesto cronologico nel quale l'azione o l'omissione penalmente rilevanti vengono poste in essere dall'agente. L'art. 85 c.p. asserisce che nessuno può essere punito se al momento del fatto non era imputabile, quindi, capace di intendere e di volere. Ai fini dell'attribuibilità di un fatto criminale ad un soggetto risulta necessario vagliare, non solo l'afferenza che una determinata condizione psicofisica abbia avuto nel determinare l'agire di quell'individuo, ma altresì sarà opportuno, caso per caso, valutarne la "presenza" sintomatica in quel preciso momento.

Le condizioni psicofisiche cui verserà il soggetto rileveranno solo ed esclusivamente se eziologicamente connesse al proprio agire; quindi ai fini della valutazione riguardo la responsabilità penale dell'agente è indispensabile soffermare la propria attenzione sull'effettiva "partecipazione" di quell'affezione in "quel" preciso momento.

Inoltre, come vedremo, «tale accertamento non pone un'alternativa secca tra il bianco ed il nero, c'è un zona grigia: quella della capacità di intendere e di volere grandemente scemata, con conseguente diminuzione della pena, sempre nella ritenuta responsabilità per il reato commesso»¹⁶⁷.

Il capo I del Titolo IV prevede delle ipotesi dettagliate e specifiche nelle quali «stabilisce preventivamente i casi in cui l'imputabilità è esclusa o diminuita»¹⁶⁸; appunto, situazione nelle quali la condizione psicofisica del soggetto al momento del fatto assume un rilievo centrale circa il successivo giudizio di colpevolezza. Vengono codificate, così, il vizio di mente (totale [art.88] e parziale [art.89]), l'ubriachezza (artt. 91, 92, 94 e 95) o l'uso di sostanze stupefacenti (artt.93 e 95),

¹⁶⁷ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.37; «[...] la peculiarità potrebbe consistere nella modulazione dell'incapacità di intendere e di volere da totale a parziale. Al contrario la regolamentazione complessivamente data dal diritto penale alla capacità di intendere e di volere si pone rispetto al principio stesso in termini nuovi e soprattutto in termini di ripensamento e modifica radicale dell'incipit rappresentato dall'art. 85 stesso».

¹⁶⁸ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.623

il sordomutismo (art. 96), la minore età (artt. 97 e 98) e gli stati emotivi e passionali (art. 90).

Tali condizioni, per essere comprese, necessitano di essere oggetto di autonoma trattazione, in quanto, talvolta, non hanno come conseguenza una diminuzione o l'esclusione dell'imputabilità, ma comportano dei veri e propri inasprimenti sanzionatori. Tratterò primariamente i fatti che escludono o diminuiscono l'imputabilità, per poi, da diversa prospettiva, soffermarmi sulle situazioni che, invece, accrescono il quantum punitivo.

Di proposito non discorrerò sul vizio di mente in quanto verrà trattato più approfonditamente nel capitolo successivo (II).

8.1 Ubriachezza (incolpevole)

Per quanto riguarda l'ubriachezza, cioè l'assunzione di bevande alcoliche, essa si suole distinguere (come del resto accade anche per l'uso di sostanze stupefacenti) in «ubriachezza colpevole» ed «incolpevole»¹⁶⁹, a seconda se l'obnubilamento derivato dai fumi dell'alcol, costituisca o meno una causa di esclusione, totale o parziale, dell'imputabilità, o di converso se dovesse comportare un maggiore rigore sanzionatorio.

Il primo comma dell'art. 91 non lascia troppi spazi all'interpretazione, esso delinea una prima causa di esclusione dell'imputabilità: “Non è imputabile chi, [...] non aveva la capacità di intendere e di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito e forza maggiore”. Tale tipo di ubriachezza viene definita “accidentale” poiché «determinata da caso fortuito o forza maggiore, cioè da un fatto imprevedibile od incalcolabile che interferisce nel comportamento del soggetto in modo da provocare un evento che non si possa, con le ordinarie cautele, evitare, ovvero da un'energia esterna irresistibile»¹⁷⁰. Essa è un'ubriachezza assolutamente incolpevole, poiché il soggetto non poteva evitare di

¹⁶⁹ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., pp.78-81

¹⁷⁰ *Ubriachezza*, in Enc. Juridica.

cadere in tale stato; l'ebrietà non può essere addebitata al soggetto neanche a titolo di mera leggerezza o imprudenza. Per forza maggiore¹⁷¹ (art. 45 c.p.) si intende «qualsiasi energia esterna contra la quale il soggetto non è in grado di resistere»¹⁷² mentre per caso fortuito¹⁷³ (art. 45 c.p.) «quell'avvenimento imprevedibile ed eccezionale che si inserisce nell'azione del soggetto»¹⁷⁴.

È doveroso aggiungere che non sempre l'ubriacatura derivante da caso fortuito o forza maggiore porta ad un'esclusione totale dell'imputabilità, infatti talvolta, come suddetto, persiste una zona grigia, nella quale, cioè, l'imputabilità non è ne piena ne esclusa totalmente, ma bensì grandemente scemata. Infatti l'art. 91, sopra richiamato, è composto anche di un secondo comma, il quale, appunto, evidenzia che “se l'ubriacatura non è piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere e di volere, la pena è diminuita”.

Ciò significa che la c.d. ubriacatura accidentale o incolpevole, non sempre esclude l'addebitabilità di un rimprovero, poiché il soggetto, ancorché fosse al momento del fatto ubriaco, era comunque in grado, seppur parzialmente, di intendere e di volere. Un rimprovero in questo caso ben può essere mosso all'agente, ma meno profondo, in virtù della minore coscienza di sé che ha caratterizzato l'agire del soggetto.

Un problema che emerge in tale contesto riguarda l'accertamento oggettivo del quantum di ebrietà che ha influito sulla corretta formazione della volontà e la determinazione dell'agire dell'agente. Infatti, gli effetti dell'assunzione di bevande o sostanze alcoliche variano di caso in caso, da persona a persona, e sono difficilmente quantificabili e accertabili. Al fine di una migliore valutazione circa l'effettiva incidenza sulla capacità di intendere e di volere dell'ebbrezza, al momento del fatto, è necessario per il giudice affidarsi il più possibile agli strumenti e alle certezze offerte dalla scienza.

¹⁷¹ Ad esempio quando si venga investiti o sopraffatti da una nube di vapori alcolici che facciano perdere la comprensione del mondo esterno.

¹⁷² Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.193; «[...]e che perciò lo costringe necessariamente ad agire: in altri termini, il soggetto agitur, non agit».

¹⁷³ Ad esempio quando l'agente, reattivo in modo anomalo all'alcol, abbia assunto un liquido incolore ed inodore da un recipiente di solito usato per l'acqua

¹⁷⁴ P. Franceschetti, in Riv giur. *Altalex*, 2017

Altra causa di esclusione dell'imputabilità strettamente correlata all'ubriachezza è la cronica intossicazione (art.95)¹⁷⁵. Il codice equipara tale condizione alle fattispecie previste dagli artt. 88 e 89 c.p.

La lettera normativa è confermata anche dall'interpretazione fornita dal diritto vivente: la Suprema Corte, che sul punto si è pronunciata più volte, considera la cronica intossicazione una specie del genere infermità¹⁷⁶; «in sostanza, non è che una delle numerosissime patologie riportabili a quell'etichetta»¹⁷⁷.

Uno degli aspetti positivi dell'introduzione di tale disposizione è ravvisabile da un confronto con l'art. precedente (94 c.p.); l'ubriachezza abituale. Infatti, senza la previsione di cui all'art. 95 c.p., difficilmente sarebbe stato possibile tracciare una linea distintiva fra le due condizioni, e di conseguenza, gli effetti si sarebbero riverberati soprattutto sulla pena. L'art. 94, non considera l'ebrietà abituale una specie del *genus* vizio di mente, anzi, tale dedizione all'uso – abuso – di alcol è punita più severamente dal legislatore, il quale, in casi siffatti, aumenta la pena di un terzo.

La cronica intossicazione si differenzia dalla disposizione di cui all'art. 94 c.p., in ragione del fatto che in questo caso il soggetto necessita di cure; è la “curabilità” dell'agente a far propendere l'ago della bilancia in un senso o nell'altro. Con il termine “curabilità” si intendono tutte quelle condizioni di fatto che si presentino bisognose di terapie. Infatti «l'ubriachezza abituale ha sempre valore episodico e una volta scomparse le manifestazioni acute lascia il soggetto in condizioni normali; viceversa l'intossicazione cronica produce conseguenze patologiche permanenti»¹⁷⁸. In tali situazioni, come per il soggetto affetto da vizio di mente, il

¹⁷⁵ Esso recita: “Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool (...) si applicano le disposizioni contenute negli artt. 88 (vizio totale di mente) e 89 c.p. (vizio parziale di mente)

¹⁷⁶ Cass., 8 maggio 2007, n. 35872: «la situazione di tossicodipendenza che influisce sulla capacità di intendere e di volere è solo quella che provoca alterazioni patologiche permanenti, cioè una patologia a livello cerebrale implicante psicopatie che permangono indipendentemente dal rinnovarsi di un'azione strettamente collegata all'assunzione di sostanze stupefacenti, tali da fare apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte a una vera e propria malattia psichica».

¹⁷⁷ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.99

¹⁷⁸ *Ubriachezza*, in Enc. Juridica, cit.

fine ultimo dell'azione penale coincide con la risocializzazione dell'agente, ma questa dovrà, necessariamente, essere preceduta dalla cura dell'individuo.

L'abuso di alcol va represso e deprecato, ma se la capacità di intendere e di volere è distrutta o ampiamente scemata, necessariamente svanisce qualsivoglia contorno di responsabilità o quantomeno, essa, si attenua.

8.2 Tossicodipendenza

Articolo di riferimento è il 93 del codice penale nel quale si prevede che: “le disposizioni dei due articoli precedenti¹⁷⁹ si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti”. Tale principio pare assolutamente coerente e non presta il fianco a particolari critiche; infatti, non si saprebbe spiegare il perché di una disciplina che facesse distinzioni a seconda che si agisca sotto effetto dell'alcol o di stupefacenti.

Una critica, però, forse può essere mossa al legislatore, infatti, esso ha peccato di lacunosità. Invero sorgono le prime criticità allorquando venga posto sotto la lente di ingrandimento il concetto di “sostanza stupefacente”. Il codice, e men che meno il legislatore, forniscono alcuna delucidazione al riguardo, non specificano quali esse siano. L'interprete, senza alcuna linea guida da seguire, se non i decreti ministeriali (che però all'uopo non costituiscono valido strumento), dovrà cercare di cogliere il vero significato di tale termine. Ci si chiede, quindi, se l'art. 93 si riferisca solamente alle sostanze indicate attraverso i vari interventi normativi, ovvero se ai fini dell'applicazione di questa norma sia sufficiente che la sostanza, sotto cui effetti il soggetto ha commesso il fatto, sia tale da riprodurre effetti identici o simili a quelli prodotti da sostanze espressamente qualificate come stupefacenti.

Uno dei maggiori studiosi della materia, il Manzini, sembra optare più per la prima ipotesi¹⁸⁰; nel suo trattato vengono proposti e indicati leggi e decreti dallo

¹⁷⁹ Artt. 91 - ubriachezza incolpevole e 92 – ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata

¹⁸⁰ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1926, p.165

stesso ritenuti rilevanti, i quali, però, non sempre pare siano orientati verso il medesimo senso¹⁸¹. Il senso di incertezza che capeggia nella dottrina si riflette altresì sulla giurisprudenza, infatti, anche la Suprema Corte sembra non riuscire a consolidare un orientamento prevalente; in particolare, due sono le sentenze che da questo punto di vista risultano emblematiche, le quali al riguardo avanzano principi assolutamente opposti tra loro.

La meno recente percorre la seguente strada: «Per l'applicabilità dell'art. 93 c.p. non occorre che si sia agito sotto l'influenza psicogena di una delle sostanze incluse nell'elenco previsto dalla legge del 1954, né comunque di una delle sostanze cui si ricorre per motivi edonistici, ma basta uno stato di influenzamento dovuto ad una qualsiasi sostanza atta a condizionare la capacità di intendere e di volere»¹⁸². Per la seconda, e più recente, sentenza invece: «Per l'individuazione delle sostanze stupefacenti, da cui derivano alterazioni della sfera neuro psichica rilevanti ai sensi dell'art. 95 c.p., occorre riferirsi alle tabelle previste dagli artt. 11 e 12, legge 22 dicembre 1975 n. 685»¹⁸³.

Da tali considerazioni emerge come ancora oggi la questione sia insoluta.

In conclusione, è opportuno indicare, per completezza, che quanto stabilito dall'art. 95 c.p. (già oggetto di analisi nel paragrafo precedente [§8.1]) in riferimento allo stato di cronica intossicazione, si applica tanto alle sostanze alcoliche quanto alle sostanze stupefacenti, intercorrendo tra esse e le prime una vera e propria equiparazione.

¹⁸¹ Manzini, *Trattato*, cit., p.126 e ss. «il predetto elenco, agli effetti delle norme penali in esame, non ha carattere tassativo, e perciò qualunque sostanza stupefacente, anche al di fuori dell'elenco, può venire in considerazione per l'applicazione delle disposizioni in discorso (artt. 91, 92, 93 c.p.)

¹⁸² Cass., 7 giugno 1973, n.1925

¹⁸³ Cass., 22 aprile 1985, n. 8918

8.3 Minore età

«È un dato dell'esperienza che l'uomo consegue la maturità psicologica attraverso un processo evolutivo che si snoda lungo fasi gradual»¹⁸⁴. Al riguardo l'art. 97 c.p. dispone che « non è imputabile chi, al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni»: è stata così introdotta una vera e propria presunzione di incapacità assoluta, in quanto non ammette prova contraria. «Più che infermità o incapacità, nel caso del minore di quattordici anni è il caso di parlare di immaturità»¹⁸⁵: prima del raggiungimento di tale soglia il soggetto, si presume, non abbia potuto raggiungere un adeguato sviluppo delle proprie capacità conoscitive e volitive, e, di conseguenza, non può aver acquisito gli strumenti intellettuali necessari a comprendere il significato etico e sociale del proprio comportamento¹⁸⁶.

Come sapientemente affermato: «al di sotto di un certo limite di età, quindi, manca del tutto quella che il nostro codice chiama “capacità di intendere o di volere”»¹⁸⁷; «maturità, insomma, sarebbe nient'altro che espressione volta a significare una capacità di intendere e di volere raggiunta, approdo dello sviluppo di una personalità giovanile»¹⁸⁸. Il minore di quattordici anni è, quindi, ritenuto dal legislatore ancora acerbo, ancora non pienamente in grado di comprendere il significato e gli effetti delle proprie azioni, alle quali, tra l'altro, mancherebbe una vera e propria base esperienziale, utile, se non necessaria, a fungere da timone del proprio agire.

¹⁸⁴ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.297; «Dal momento che è conforme alla natura del diritto adottare criteri di valutazione basati su situazioni-tipo o medie, si comprende d'altra parte come il legislatore abbia ritenuto opportuno ricollegare la capacità di intendere e di volere a classi di età».

¹⁸⁵ M. Toriello, *L'autore del reato*, Scuola di specializzazione per le professioni legali, cit.

¹⁸⁶ Cass. n. 6535 del 1979: «Ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere del minore infradiciottenne, il giudice deve considerare il grado di sviluppo intellettuale e di formazione del carattere, la capacità di intendere l'importanza di certi valori etici e il dominio su di se che il soggetto abbia acquisito, l'attitudine a distinguere il bene da male, il lecito dall'illecito, ed a determinare liberamente la propria condotta per motivi consci. L'evoluzione richiesta non deve, per altro, confondersi con una completa maturità – che si realizza, di norma, assai più tardi – ma con quel grado di maturità nel campo intellettuale, etico e volitivo sufficiente a rendere il minore consapevole del disvalore sociale dell'atto e capace di determinare il rapporto ad esso la sua condotta».

¹⁸⁷ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.624

¹⁸⁸ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.115

Questi sono i motivi per cui l'infra-quattordicenne, pur avendo commesso un fatto previsto dalla legge come reato, viene prosciolto, quindi, non soggiace a pena. Ciò non toglie che in ogni caso debba essere garantita una forma di tutela nei confronti degli altri consociati, contro il rischio di subire nuovamente gli effetti della condotta scriteriata del minore, ed ecco il perché, se ritenuto pericoloso, gli saranno applicate le misure di sicurezza del riformatorio giudiziario o della libertà vigilata (art. 224 c.p.).

La minore età, però, non si limita ai casi dell'infra-quattordicenne, infatti, è solo al compimento del diciottesimo anno di età che si presume legalmente raggiunta la piena maturità mentale. Ciò significa che si potranno distinguere due periodi a tal riguardo; «nel primo [è il caso dell'infra-quattordicenne] vi è una presunzione assoluta di mancanza di capacità di intendere e di volere [come abbiamo poc'anzi visto]. Al secondo si riferisce l'art. 98 c.p., il quale stabilisce che è imputabile chi «nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e di volere»¹⁸⁹. In questo secondo 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»¹⁹⁰.

Il legislatore ritiene il minore ultra-quattordicenne, in linea di principio imputabile, ma ciò non toglie, che il giudice debba accertare caso per caso l'effettivo stato di maturità del soggetto, cioè, constatare se effettivamente il minore ultra-quattordicenne fosse fornito della capacità di intendere e di volere, condicio sine qua non possa soggiacere all'applicazione di una pena. Le ragioni che stanno alla base di tale soluzione sono da ricercare nell'intento di smorzare «la preoccupazione di evitare un facile clemenzialismo, contrastante con esigenze sia di prevenzione generale sia di responsabilizzazione degli stessi minori»¹⁹¹.

¹⁸⁹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.624

¹⁹⁰ Romano, Grasso, *Commentario sistematico del codice penale art. 85-149*, cit., p.7

¹⁹¹ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.299

È opportuno aggiungere che, al di là della accertata imputabilità del minore, la maggiore età, e la conseguenziale piena maturità mentale, viene legalmente riconosciuta solamente al compimento del diciottesimo anno, ragione per cui il legislatore ha ritenuto giusto, per effetto di una diminuita pretesa d'affidabilità, prevedere che la pena fosse diminuita di un terzo.

8.4 Sordomutismo

Una delle cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità è riconducibile alla condizione in cui si trova l'individuo che sia affetto sia da sordismo che mutismo, in quanto l'udito e la parola sono delle facoltà essenziali per lo sviluppo dei valori psichici dell'uomo. Il sordomuto ha molte più difficoltà a rapportarsi con il mondo esterno, questo assunto è confermato anche da innumerevoli studi scientifici dai quali è emersa, appunto, una maggiore impulsività in siffatti soggetti, tale da trascendere più facilmente ad atti antisociali.

L'art. 96 stabilisce il principio secondo il quale il sordomuto non possa essere ritenuto imputabile se al momento del «fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità di intendere e di volere». Quindi, nel caso in cui (al momento del fatto) lo stato psico-fisico proprio del sordomuto avesse giocato un ruolo centrale nella condotta oggettivamente illecita posta in essere dall'agente, e risultasse causalmente collegato all'azione od omissione dello stesso, secondo il legislatore, alcun rimprovero gli potrà essere mosso.

La disposizione non sembra tracciare alcuna presunzione legata alla condizione del sordomuto; perché il sordomuto possa essere ritenuto sprovvisto della capacità di intendere e di volere è necessario, per il giudice, operare un concreto accertamento, volto a stabilire quanto l'infermità dell'agente abbia potuto influenzare la propria condotta¹⁹². «Se si accerta che il sordomuto al momento

¹⁹² Cfr., Mazzanti, voce *Sordo, muto e sordomuto*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970; Bardusco voce *Sordomuti*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993

della commissione del fatto era capace, nonostante la sua affezione congenita, l'imputabilità non è esclusa, mentre lo è in caso contrario»¹⁹³.

Segnatamente, se il soggetto, al momento del fatto, risultasse capace di intendere e di volere, occorrerebbe un ulteriore accertamento, diretto a comprendere se essa (la capacità di intendere e di volere) sia piena o grandemente scemata, tale quindi da comportare una diminuzione di pena, come prescrive la regola generale.

In conclusione, quando viene riconosciuto che la capacità anzidetta era piena, il sordomuto viene trattato come una qualsiasi persona¹⁹⁴. In questo caso, se dovesse risultare grandemente scemata il soggetto sarebbe punito, ma la pena è diminuita. Ed infine, se ne venisse accertata la non imputabilità verrà trattato come un individuo affetto da vizio totale di mente, quindi, prosciolto (con il riserva circa l'applicazione di una misura di sicurezza).

8.5 Ubriachezza e tossicodipendenza c.d. colpevoli

La regola generale posta dal codice penale è quella dell'irrilevanza dello stato di alterazione o incapacità dovuta all'assunzione di alcol o sostanze stupefacenti ai fini dell'imputabilità e, perciò, della punibilità dell'agente; escludendo, ovviamente, i casi di c.d. ubriachezza incolpevole, (precedentemente tratteggiati).

L'ubriachezza e la tossicodipendenza, quindi, possono, in determinati casi, comportare un'esclusione dell'imputabilità o comunque una diminuzione della pena, ma in genere l'alterazione psico-fisica derivante dall'uso di tali sostanze, comporta un inasprimento delle pene. Infatti, l'art. 92 c.p. (e l'art. 93 in riferimento all'assunzione di sostanze stupefacenti) prevede al primo comma:

¹⁹³ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.310

¹⁹⁴ Cass., n. 8817 del 1996: «L'art. 96 c.p. non ravvisa nel sordomutismo uno stato necessariamente psicopatologico, ma richiede soltanto che nel sordomuto tanto la capacità quanto l'incapacità formi oggetto di specifico accertamento, da compiersi, cioè, caso per caso. Il che sta a significare che il sordomutismo non costituisce una vera e propria malattia della mente, valendo soltanto eventualmente ad impedire o ad ostacolare lo stato di sviluppo della psiche e, dunque, la maturità psichica. È sufficiente, pertanto che dalla decisione risulti che il detto accertamento sia stato compiuto e che il giudice abbia congruamente motivato sul punto».

«l'ubriachezza non derivante da caso fortuito non esclude ne diminuisce l'imputabilità», mentre al secondo: «se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata». Tale disposizione gradua l'ubriachezza da un meno a un più, a seconda dell'atto che è alla base dell'assunzione delle sostanze inebrianti; «uno a più atti coscienti e volontari non condizionati da forza maggiore ovvero, in crescendo, caratterizzati da leggerezza, da imprudenza, fino all'ebrietà intenzionale, dolosamente perseguita»¹⁹⁵.

Il primo comma del sopracitato art. 92 prende in esame tutti quei casi in cui l'etilismo dell'agente non derivi da causa di forza maggiore o caso fortuito, ragione per cui il legislatore ha ritenuto che non debba essere concesso al reo nemmeno una diminuzione di pena (a differenza del codice Zanardelli, che invece sanciva una diminuzione di pena); «ne esclude ne diminuisce l'imputabilità»¹⁹⁶.

La *ratio* della disposizione appare evidente: «chi si è ubriacato volontariamente o per leggerezza, non può pretendere di accampare scuse»¹⁹⁷; se dovesse commettere un reato, ne risponderà come se fosse pienamente capace di intendere e di volere (c'è chi sostiene che l'ubriaco pienamente sfornito della facoltà di intendere e di determinarsi sia un'invenzione di pura fantasia, in quanto «nessuno lo vide mai sul banco degli imputati»¹⁹⁸). Dalla disposizione in esame si può agevolmente scorgere l'intento che mosse il legislatore durante la stesura; combattere con energia un *habitus* sempre più radicato nella società¹⁹⁹.

Tale previsione non è rimasta certamente estranea a critiche o all'alternarsi di varie (e variopinte) interpretazioni; una dottrina minoritaria, e meno recente, riconduceva tale disposizione allo schema delineato dall'art. 87 c.p., quello delle *actiones liberae in causa*, indicando come momento utile, circa la valutazione dell'elemento soggettivo, l'atteggiamento della fase precedente in cui il soggetto si è ubriacato. Per cui il reato sarebbe stato doloso o colposo a seconda che

¹⁹⁵ M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, cit., p.83

¹⁹⁶ Art. 92 c.p.

¹⁹⁷ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.306

¹⁹⁸ Battaglini, *Diritto penale*, p.211

¹⁹⁹ Cfr.: Pannain, *Dell'ubriachezza on accidentale e non preordinata*, in *La corte d'Assise*, 1935

l'ubriaco, prima di commetterlo, si sia posto, nel suddetto stato, volontariamente o involontariamente²⁰⁰.

Diversa opinione viene perseguita dalla dottrina dominante²⁰¹, secondo cui la valutazione circa la sussistenza del dolo o della colpa non deve comprendere l'atteggiamento volitivo precedente all'ubriacatura, ma dovrebbe interessare precipuamente il movente psicologico al momento del reato, cioè se ha voluto coscientemente il fatto o se quest'ultimo è stato cagionato dall'agire imprudente, negligente o imperito del soggetto²⁰².

Mentre il secondo comma dell'art. 92 delinea un'altra figura legata all'ebrietà; la c.d. ubriachezza preordinata.

L'ubriachezza viene definita, appunto, preordinata, allorché è provocata al fine di commettere il reato o, comunque, di prepararsi una scusa. La responsabilità non è esclusa, né diminuita, anzi, fa luogo un aumento di pena (un terzo). Questa particolare ipotesi, prevista dal capoverso dell'art. 92, costituisce «un'esemplificazione dell'art. 87 [...]: il principio cioè secondo cui l'incapacità "preordinata" deroga alla regola della coincidenza temporale tra imputabilità e commissione del fatto criminoso»²⁰³.

Un ultimo esempio codicistico di questa classificazione (dello stato di ebrezza [colpevole]) è fornito dall'art. 94: «Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata».

L'ubriachezza, come del resto l'uso di sostanze stupefacenti, sono dei fenomeni che si stanno sempre più espandendo, sempre più presenti nel viatico sociale e sempre più al centro dei dibattiti dell'opinione pubblica. Cogliere la delicatezza di

²⁰⁰ Cfr.: Amato, *Gli ubriachi e la Corte Costituzionale*, 1970

²⁰¹ Ad es.; Saltelli-Roano, *Commento*, p.37 ; Florian, *Trattato*, p.492; Battaglini, *Diritto penale*, p.210

²⁰² Cass., n. 7157 del 1990: «*Nel caso di ubriachezza volontaria, colposa o preordinata, la presunzione legale d'imputabilità non è sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità penale – occorre, infatti, accertare la colpevolezza dell'ubriaco secondo i normali criteri d'individuazione dell'elemento psicologico del reato e, poiché l'art. 92 c.p. nel disciplinare l'imputabilità nulla dice in ordine alla di lui colpevolezza, questa va valutata alla stregua delle regole dettate dagli artt. 42 e 43 del codice penale*».

²⁰³ Fiandaca, Musco, *diritto penale*, cit., p.308

un tema (a volte) così sottovalutato, ma anche così attuale, risultava d'obbligo da parte del legislatore, il quale ha optato per l'adozione di un profilo di severità, cercando così di reprimere, o quantomeno mitigare, l'uso eccessivo (l'abuso) di sostanze alcoliche o stupefacenti. L'art. 94 è l'esempio della lotta verso la prevenzione dei reati cagionati da soggetti sotto l'influsso dei fumi alcolici; infatti, tale previsione riconosce, obbligatoriamente, l'applicazione di un aumento di pena.

L'ubriaco abituale è colui dedito all'uso di bevande alcoliche che viene a trovarsi per effetto di tale abitudine in stato di frequente ubriachezza. Il predetto aumento di pena risponde alla più intensa capacità criminale del reo, rappresentata dal vizio di ubriacarsi.

Come poc'anzi accennato, è un tema delicato, che ha trovato terreno fertile nelle litanie dell'opinione pubblica, specialmente ai casi di omicidio stradale. In data 24 marzo 2016, infatti, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale la legge 23 marzo 2016 n. 41 recante "Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesione personali stradali".

Il provvedimento, con l'introduzione di nuove norme *ad hoc*, punisce con pene severe i conducenti di veicoli stradali che, sotto l'effetto di stupefacenti o bevande alcoliche, cagionano la morte o procurano lesioni a terzi. Si tratta di un *novum* legislativo legato alla «soddisfazione di logiche emergenziali» (così Troncone), connesse al fenomeno della criminalità stradale. La *ratio* che ha ispirato previsioni tanto dure nei confronti di soggetti dediti al consumo di sostanze che alterano la percezione sensoriale esterna, è da ricercare nella mera deterrenza; insomma, una specie di *extrema ratio*, dai dubbi profili di costituzionalità, finalizzata alla diminuzione del fenomeno.

Quanto detto fin ora ricomprende anche l'uso di sostanze stupefacenti, le quali sono completamente equiparate all'assunzione di bevande alcoliche, come tra l'altro, chiaramente previsto dal codice ai sensi degli artt. 93, 94 comma 3, e 95.

8.6 Actiones liberae in causa

L'art. 87 del codice penale individua la categoria delle cc.dd. *actiones liberae in casua* stabilendo che: «la disposizione della prima parte dell'art. 85 (secondo cui l'imputabilità deve sussistere al momento della commissione del reato) non si applica a chi si è messo in stato di incapacità di intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa».

Il termine latino “*actio libera in causa*” letteralmente significa “azione libera nella causa”; cioè, si suole indicare, il fenomeno che si verifica allorché taluno si pone in stato di incoscienza al fine di commettere un reato o di procurarsi una scusante: «l'azione è *libera in causa* appunto perché l'agente aveva il potere di porsi o di non porsi in condizione d'incapacità»²⁰⁴

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»²⁰⁵. Vengono così definite le azioni compiute in uno stato di incapacità che il soggetto si è procurato preordinatamente allo scopo di commettere un reato, o di prepararsi una scusa. Nonostante il soggetto fosse sfornito della capacità di intendere e di volere al momento del fatto, il reato commesso sarà comunque punibile in base all'art. 87. «La peculiarità di tali azioni è che l'esecuzione del reato viene fatta fittiziamente risalire al momento in cui l'agente ha preordinato lo stato di incapacità»²⁰⁶.

Come delineato dall'art. 87, tale disposizione pone una deroga al principio generale tracciato dall'art.85 della necessaria corrispondenza temporale tra imputabilità e commissione del fatto.

Al quesito sul perché il reo risponda del reato commesso se, al momento del fatto, era inimputabile hanno cercato di fornire una valida risposta più autori; si sono, così, formati due orientamenti.

²⁰⁴ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p. 311; Cfr., Venditti, voce *Actio libera in causa*, in Enc. Dir., Milano, 1958; Leone, *Tentativo di una nuova configurazione della actiones liberae in causa*, in indice pen., 1972; Romano; Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, cit.

²⁰⁵ Romano, Grasso, *Diritto penale*, cit., p.351

²⁰⁶ In Riv. giur. it. *Il penalista*, voce *actio libera in causa*

Il primo, seguito da una minor frangia di giuristi, tra cui l'Antolisei, nega che lo stato preordinato di incapacità di intendere e di volere rappresenti un'eccezione alla regola generale prevista dall'art. 85, optando, invece, per ricondurre tale disposizione nell'alveo dell'art. 86 c.p. (determinazione in altri dello stato di incapacità allo scopo di far commettere un reato)²⁰⁷; in quanto, per l'autore, il soggetto si servirebbe di se stesso per eseguire il reato. «La caratteristica dell'*actio libera in causa* non consiste che in questo: il soggetto comincia l'esecuzione del reato in stato d'imputabilità e lo continua in stato di non imputabilità»²⁰⁸.

Secondo la teoria tradizionale, avallata dalla dottrina maggioritaria, l'art. 87 costituisce un'eccezione alla regola secondo la quale il reo deve essere capace di intendere e di volere nel momento della commissione del reato²⁰⁹. «Il soggetto viene punito per l'azione che precede il fatto illecito»²¹⁰. «Dall'azione non libera si risale all'azione libera che l'ha preceduta e la responsabilità troverebbe la giustificazione nel principio *causa causae est causa causati*»²¹¹.

Il legislatore per far conciliare tale previsione con il principio di colpevolezza adopera, come suesposto, uno strumento giuridico; la c.d. *fictio iuris* (secondo la quale, appunto, l'agente deve considerarsi imputabile, sebbene fosse incapace al momento della realizzazione del fatto).

«Quanto detto ci fornisce lo spunto per cercare una ricostruzione della categoria dogmatica delle cc.dd. *actiones liberai in causa* sotto il profilo dei normali canoni giuridici della colpevolezza»²¹². «Infatti al soggetto può essere mosso un rimprovero per essersi posto in uno stato di incapacità che ha reso possibile o più

²⁰⁷ La norma recita: «Se taluno mette altri nello stato di incapacità di intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità»

²⁰⁸ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.621

²⁰⁹ Cfr., Fiandaca, Musco, *diritto penale*, parte generale, Mantovani, *Diritto penale*; Romano, *commentario*.

²¹⁰ G. De Filippis, *L'incapacità preordinata di intendere e di volere*, in Riv. it. 2008

²¹¹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.621; «[...] il significato della norma del nostro codice è semplicemente l'equiparazione dello stato di incapacità, procurato al fine di commettere un reato, allo stato di capacità; equiparazione che, del resto, è quanto mai naturale e logica».

²¹² T. Guerrieri, *Studi monografici di diritto penale*, Halley editrice, 2007, p.401

agevole la realizzazione del reato programmato»²¹³. Deve essere, altresì, specificato che, ai fini della punibilità, è necessario che il reato concretamente realizzato sia coerente con quello inizialmente programmato, altrimenti «verrebbe meno l'equilibrio richiesto fra evento e colpevolezza, che pretende che il fatto illecito costituisca effettiva attuazione del programma criminoso anteriore»²¹⁴.

8.7 Stati emotivi e passionali

L'art.90 fuga, chiaramente, ogni dubbio circa l'incidenza sulla psiche del soggetto degli stati emotivi e passionali, affermando che: «gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità». La *ratio* di tale disposizione è quella di voler evitare che possa essere considerato non punibile qualunque delitto impulsivo, non derivante direttamente da uno stato di infermità.

Per stato emotivo, si intende ogni perturbamento improvviso che deflagra nella psiche del soggetto e che sovente ha una durata solo passeggera (come l'ira improvvisa causata da un accadimento esterno); gli stati passionali, invece, si differenziano dai primi poiché consistono in emozioni più profonde e radicate nella mente del reo, e, di converso, sono caratterizzati da una maggiore persistenza e durezza (come l'odio, l'amore, la gelosia..).

La giurisprudenza si è spesa molto per cercare di tratteggiare i contorni e delimitare i limiti riguardo l'incidenza di tali condizione sull'agire umano²¹⁵.

²¹³ Maggiore, *Diritto penale*, Bologna, 1951, p.382

²¹⁴ Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., p.312

²¹⁵ Cass., n. 1038 del 2006; Cass., n. 37020 del 2006; cass., n. 24696 del 2004; Cass., n. 24614 del 2003; Cass., n. 967 del 1998; Cass., n. 1435 del 1996; «*In tema di imputabilità, la capacità di controllo delle proprie azioni va distinta dalla capacità di intendere e di volere, in quanto capacità del soggetto di modulare e calibrare la sua condotta in funzione di elementi condizionanti di ordine etico, religioso ed educativo che, afferendo ed integrandosi nel nucleo della personalità del soggetto, lo dotano sia del senso critico che di quello autocritico, e che agiscono come modulatori dell'istintualità e dell'impulsività. Ne consegue che l'indebolimento dei freni inibitori, non dipende da un vero e proprio stato patologico, non incide sulla capacità di intendere e di volere e quindi sull'imputabilità*» (Cass., n. 24696/2004).

In particolare le SS. UU. del 2005 con la celebre sentenza Raso²¹⁶ hanno introdotto nel nostro ordinamento il principio secondo il quale non solo le patologie nosografiche, inquadrabili e diagnosticabili, possono influire sulla capacità di intendere e di volere; ma anche i disturbi della personalità, se gravi e persistenti. La Suprema Corte si espresse così: «l'indebolimento dei freni inibitori non incide sulla capacità di intendere e di volere, laddove esso non dipenda da un vero e proprio stato patologico ovvero da “disturbi della personalità” che, pur non propriamente inquadrabili nel novero delle malattie mentali, integrino comunque una situazione di “infermità”, perché idonei per consistenza, intensità e gravità, di incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere». Conseguentemente, nonostante per loro stessa natura, gli stati emotivi e passionali siano in grado di incidere sulla psiche del soggetto, non ne deriva, tuttavia (come da disposizione di legge), una esclusione o diminuzione dell'imputabilità, a meno che non vi sia un *quid pluris*, che associato agli stati emotivi o passionali, possa far inquadrare gli stessi nel novero di un vero e proprio stato patologico (cioè, li facciano sconfinare in uno stato di infermità mentale).

Ciò considerato, gli stati emotivi e passionali, nonostante siano in grado di influenzare la lucidità mentale dell'agente, non escludono né diminuiscono l'imputabilità, proprio perché non sono dei veri e propri stati patologici, ma appartengono alle comuni funzioni psichiche, proprie di ogni uomo.

Tuttalpiù, vista e considerata la loro incidenza sull'agito umano, «anche se privi di rilevanza in merito al giudizio di imputabilità possono costituire circostanze attenuanti, come nelle ipotesi previste dai nn. 2 e 3 dell'art. 62 c.p.»²¹⁷.

9. Amnesia dissociativa

A conclusione di questa disamina, incentrata sull'analisi e la classificazione di specifiche situazioni, annoverate dal codice penale, che influenzano o possono

²¹⁶ Cass., n.9163 del 08.03.2005

²¹⁷ AA.VV. Diritto penale, cit., p.340

influenzare la capacità di intendere o di volere dell'agente, volevo soffermarmi su un caso di cronaca, il quale ben riassume i concetti sopra esposti e non marginalizza la posizione dei periti; i quali, viceversa, in tale situazione (come si vedrà) recitano un ruolo centrale nello spartito processuale.

Il caso che qui riporterò ha come protagonista un uomo di quarant'anni, che una tragica mattina di giugno del 2013 si scordò il figlio di due anni in auto, il quale, «dopo otto ore di agonia morì sotto il sole rovente alla periferia di Piacenza»²¹⁸.

Tale tragedia è passata alla cronaca come “il caso del papà di Luca” (il bambino, come è evidente, si chiamava Luca), il quale fu indagato per omicidio colposo, un «atto dovuto» secondo la procura di Piacenza. Ma cosa era successo?

Andrea A., ogni mattina, prima di recarsi a lavoro, accompagnava il figlio all'asilo. Quel 4 giugno però, in un primo momento inspiegabilmente, non passò per l'asilo, e lasciò il piccolo Luca legato al seggiolino dell'auto nel parcheggio dell'azienda dove lavorava. La fatale dimenticanza emerse a seguito di un convulso giro di telefonate, innescato dal nonno del bambino, il quale avrebbe dovuto passarlo a prendere all'uscita dall'asilo, soltanto che, quel pomeriggio, gli venne detto che Luca non era mai arrivato al loco. Quando il telefono di Andrea A. squillò era ormai troppo tardi; erano passate già otto ore dalla dimenticanza, e Luca non sopravvisse al caldo di quell'abitacolo arroventato.

Iniziarono, dunque, le indagini, il padre il Luca non faceva altro che ripetere di essersi dimenticato il figlio in macchina poiché era sicuro di averlo portato all'asilo. Era, quindi, necessaria una perizia, per verificare se la tragica dimenticanza avesse alla base un comportamento negligente o comunque colposo o se, effettivamente, a causa di un disturbo più o meno intenso, nella sua mente fosse impresso il ricordo di avere lasciato il figlio all'asilo.

Il perito nominato dal giudice delle indagini preliminari e il consulente della difesa effettuarono gli accertamenti del caso, giungendo alla medesima conclusione; amnesia dissociativa.

²¹⁸ Articolo de: “*Il corriere della sera*” del 27 settembre 2014

Il perito si espresse in tal senso: «Un buco nero» nell'attenzione, che falsifica i ricordi «legati a un particolare periodo di tempo, o a una persona, o a determinati fatti». Esso può essere scatenato «da un evento traumatico, ma anche da un forte stress e dalla mancanza di sonno. Complice la routine». «Cosi gesti famigliari vengono ricordati come già fatti, quando invece non lo sono, e viceversa»²¹⁹. Non è raro nel caso di genitori di bambini molto piccoli arrivare a livelli di stanchezza estrema, o di stress, i quali ben possono divenire le micce che poi innescano tale tipo di ordigno. Vari psichiatri, infatti, definiscono tale patologia come una «trappola»²²⁰.

«Al momento del fatto Andrea A. era completamente incapace di intendere e di volere per il verificarsi di una transitoria “amnesia dissociativa”. È la conclusione della perizia del dottor Corrado Cappa, psichiatra nominato dal giudice e Giovanni Smerieri, consulente della difesa. Tali perizie furono prodotte nel corso dell'incidente probatorio chiesto e ottenuto dall'avvocato del padre di Luca.

«Un passaggio finalizzato a stabilire con certezza le condizioni del padre al momento del fatto»²²¹. Per entrambi gli psichiatri quella mattina Andrea A. fu colpito da una sindrome transitoria che consiste nell'incapacità di ricordare gli eventi e gli avvenimenti. Le risultanze emerse dalle perizie hanno avuto un ruolo fondamentali nel convincimento del giudice, il quale, accogliendo anche la richiesta del pubblico ministero, emise una sentenza di non luogo a procedere.

L'amnesia dissociativa è classificata nel DSM (manuale statistico e diagnostico dei disturbi mentali) ed è definita come «incapacità nel ricordare importanti informazioni autobiografiche, di solito di natura traumatica o fortemente stressante, non riconducibile ad una normale dimenticanza»²²². Tra i sintomi più evidenti vi sono «la perdita di memoria e della percezione e consapevolezza di sé»²²³. Quando sopraggiunge un profondo stato di stress, la mente “utilizza” la

²¹⁹ Da il “*corriere della sera*”

²²⁰ Ad esemio C. Mencacci

²²¹ Articolo de “*Il fatto quotidiano*” del 8 maggio 2014

²²² DSM V voce “*amnesia dissociativa*”

²²³ Riv. scien. “*harmonia mentis*”, 2015

dissociazione (in questo caso del ricordo) per difendersi da tale situazione traumatica.

Le persone affette da siffatta patologia ben possono essere inconsapevoli del problema e rendersi conto del tempo perduto dalla loro memoria solo quando trovano le prove di aver fatto cose che, lì per lì, non ricordano.

CAPITOLO II

Pedofilia e imputabilità

1. Definizione di pedofilia

«Chi è il pedofilo? Bisogna definire deviante o criminale, colui che, macchiandosi di un crimine così orrendo, invoca per sé la detenzione in modo da non nuocere più?»²²⁴. Prendendo spunto da questo interrogativo viene alla mente il caso di Luigi Chiatti, “il mostro di Foligno”, il quale fu accusato e condannato per l’aver abusato prima, e ucciso poi, due bambini. Chiatti in primo grado fu condannato a scontare due ergastoli, ma in appello la condanna venne diminuita a trent’anni di reclusione. Fu lui stesso a pregare il giudice di lasciarlo in prigione per paura di colpire nuovamente.

Il termine “pedofilia” inizia a fare la sua comparsa in Italia, come termine di uso comune, solo a partire dalla fine degli anni 80, quando le agenzie di stampa nazionali hanno incominciato a interessarsi a quei fatti di cronaca relativi agli abusi sessuali sui bambini²²⁵. Fino a quel momento, forse per non suscitare un forte allarme sociale, le notizie riguardanti tali fatti non trovarono particolare eco all’interno delle pagine di cronaca. È solamente nel 1996 che il “fenomeno” pedofilia emerge tristemente dall’anonimato, in seguito ai drammatici fatti relativi all’uccisione di due bambine di 8 anni in Belgio ad opera di Marc Dutroux. Tale doloroso fatto di sangue, innesca un meccanismo di consapevolezza sociale, che porta alla ribalta la serietà del fenomeno; induce la società ad informarsi e a studiarne gli aspetti e i contorni.

«Il pedofilo ora è fonte di allarme, ci si rende conto che esiste e che deve essere debellato dalla società», anche perché non agisce più solamente all’interno di un

²²⁴ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Milano, 2004, p.14

²²⁵ N.Fusaro, L., Cortellessa, *Pedofilia e criminalità*, Roma, 2003, p.9

contesto domestico, ma anzi, si assiste al proliferare di vere e proprie organizzazioni criminali, «che consentono al fenomeno stesso di esistere e di crescere»²²⁶.

La pedofilia e, in generale, il pedofilo, sono concetti difficilmente cristallizzabili, poiché ancora oggi non c'è unanimità di vedute al riguardo; Paolo Crepet, ad esempio, considera la pedofilia una vera e propria malattia, Andrea Masini una «patologia grave», mentre Vittorio Andreoli la descrive come un vizio, considerandola, quindi, sul piano sostanziale solo ed unicamente un crimine. Quindici anni fa il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali (DSM IV) ha declassato la pedofilia da “malattia” a “disordine”²²⁷, più nello specifico sembrerebbe rientrare tra le “parafilie” (perversioni di natura sessuale). Ma nel nuovo testo, pubblicato nel 2013, l'Apa (l'associazione psichiatri americani) ha catalogato la pedofilia come un semplice orientamento sessuale²²⁸ (anche se, come vedremo meglio successivamente, vi sono state alcune incomprensioni derivanti della traduzione). Al contrario l'OMS (l'Organizzazione Mondiale della Sanità) include la pedofilia nell'elenco dei disturbi del comportamento sessuale, definendola una «malattia psichiatrica». La disarmonia delle vedute, in riferimento a questo delicatissimo argomento, rende perfettamente la nebbiosità di tale concetto, facendone emergere, così, tutte le sue criticità.

La parola pedofilia deriva dal greco *pais* ragazzo e *filia* amore, e significa letteralmente amare i fanciulli, si suole indicare con tale locuzione una particolare attrazione verso i bambini. Dall'etimo si deduce che tale attenzione dell'adulto nei riguardi del minore (di solito pre-pubero) affonda le sue radici nel passato, «la pedofilia non conosce confini geografici né barriere ideologiche. È un

²²⁶ N. Fusaro, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.10

²²⁷ American Psychiatric Association, DSM-IV, - Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, Milano, 2000: «Per considerare come pedofilia l'attività sessuale con minori è necessaria la sussistenza di una serie di criteri che sono rappresentati da: 1) Periodi di almeno sei mesi caratterizzati da intense fantasie o pulsioni sessuali; 2) Tali fantasie o pulsioni causano forte stress o una riduzione delle aree sociali o occupazionali; 3) Il soggetto deve avere almeno sedici anni, e comunque deve essere almeno di cinque anni più grande rispetto al bambino coinvolto».

²²⁸ American Psychiatric Association, DSM-V, - Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, Milano, 2014

fenomeno planetario [...] non conosce neanche tempo: esiste da sempre»²²⁹. Un tempo era usuale distinguere il pedofilo, colui che è attratto dai bambini in fase preadolescenziale, dal pederasta, cioè l'attrazione (di solito omosessuale) verso il minore in età adolescenziale; questa distinzione, va precisato, con il passare degli anni ha, però, perso quasi totalmente valore.

Quello oggetto di trattazione, è un fenomeno trasversale, cangiante, che muta la sua natura e struttura a seconda del tempo e del luogo nel quale viene considerato. In un primo momento (Grecia antica) aveva uno scopo più che altro pedagogico, il quale è andato trasfigurandosi nel corso dei secoli, fino a perdere ogni "valore" paideutico, ed anzi, a sfociare, nella cultura contemporanea, nella "distruzione" del *pais*.

Il termine pedofilia può essere, quindi, considerato un termine onnicomprensivo, che ha dentro di sé una miriade di situazioni clinicamente differenti, che vanno dall'agito o dal comportamento episodico alla strutturazione pedofilica della personalità, fino a una pedofilia violenta e assassina, che presenta caratteristiche cliniche e sintomatiche del tutto differenti dai quadri precedenti²³⁰. Di conseguenza questa multiformità si riverbera anche sull'archetipo del pedofilo stesso; dalla psichiatria sono stati delineati vari profili di pedofili, ognuno con vari livelli di intensità e caratteristiche sue proprie. Rimanere ancorati alla radice etimologica sarebbe un errore, con il tempo, il concetto di pedofilia è mutato: non può più riferirsi solo ed unicamente ad un mero "amore per il fanciullo", ma si declina in più tipologie distinte.

Alcune tra le più frequenti classificazioni sono:

Tipo "interpersonale":

- ricerca di un alto grado di contatto con il bambino;
- tentativo di instaurare una relazione;

²²⁹ P. Monni, *L'arcipelago della vergogna – turismo sessuale e pedofilia*, Roma, 2001, p.19

²³⁰ C. Schinaia, *Pedofilia – Pedofilie. La psicoanalisi e il mondo del pedofilo*, Torino, 2001, p.27

- atti sessuali non genitali;
- l'autore ha spesso una relazione pedofila di lungo termine con la stessa vittima;
- l'atto dimostra un alto grado di pianificazione.

Tipo “narcisistico”:

- ricerca di un alto contatto col bambino;
- il motivo principale è la gratificazione sessuale;
- l'interesse è autocentrato;
- atti sessuali di natura fallica;
- la vittima è tipicamente sconosciuta;
- l'autore ha generalmente un singolo contatto con la vittima;
- l'azione tende ad essere spontanea e scarsamente pianificata.

Tipo “situazionale”,²³¹:

- scarso contatto con il bambino;
- relativamente poche ferite sul corpo della vittima;
- non ci sono tracce che l'aggressione è eroticizzata;
- gli atti sessuali hanno natura fallica;
- la vittima è tipicamente sconosciuta;
- l'aggressione ha scarse tracce di pianificazione.

²³¹ Tale categoria di pedofilo, non ha, in genere, alcuna reale preferenza sessuale verso i bambini. Esso tende le proprie attenzioni al mondo dei bambini solitamente a seguito del verificarsi di eventi particolarmente stressanti. Questo tipo di soggetto è portato ad abusare non solo di bambini, ma di qualsiasi persona vulnerabile.

Tipo “sadico-inibito”:

- scarso contatto con il bambino;
- poche ferite sul corpo della vittima;
- l’aggressione è altamente eroticizzata e perversa;
- la vittima è tipicamente sconosciuta;
- l’azione riflette un moderato grado di pianificazione.

Tipo “aggressivo”:

- scarso contatto con il bambino;
- alto grado di ferite inferte alla vittima;
- l’azione violenta non è eroticizzata;
- gli atti sessuali tendono ad essere fallici;
- le vittime sono tipicamente straniere;
- l’offesa ha scarso grado di pianificazione.

Tipo “sadico”²³²:

- scarso contatto con il bambino;
- alto grado di violenza sulla vittima;
- l’azione è altamente eroticizzata;
- l’autore prova piacere a mettere la vittima in situazioni di sottomissione e sofferenza;
- la violenza appare accrescere il piacere sessuale;
- presenza di atti sessuali bizzarri o insoliti;
- le vittime sono tipicamente sconosciute;

²³² «Questi soggetti hanno fatto un’inscindibile connessione tra violenza e gratificazione sessuale» così A. Coluccia, *op. cit.* p. 42. La maggior parte delle volte l’azione criminosa perpetrata dal pedofilo sadico si conclude con la morte della vittima. Per lo più la vittima è sconosciuta: ciò favorisce il crearsi di quel “distacco” che caratterizza la condotta dell’agente. Siffatti soggetti non provano alcun sentimento di affetto o amore nei confronti dei bambini, i quali sono considerati solo facili vittime su cui esercitare il proprio potere e bisogno di prevaricazione. Per certi versi, si avvicinano molto allo schema degli omicidi seriali (premeditazione, ritualizzazione, e studio dell’azione).

- l'azione mostra un alto grado di pianificazione²³³.

Prestando attenzione a questo “elenco” si nota che sono pochi i fattori comuni fra le varie tipologie di pedofili, anzi, l'unico elemento che ridonda sembra essere il soggetto passivo; appunto, il minore. L'intrinseca diversità delle categorie sopraelencate attribuisce ad ognuna di esse distinta autonomia, che, conseguentemente, dovrebbe indurre il giudice a compiere una valutazione più attenta, in grado di poterlo persuadere, in maniera più dettagliata e approfondita, circa l'individuazione della categoria di appartenenza del reo; per poter tratteggiare, segnatamente, il profilo soggettivo dell'agente.

Sarà dunque fondamentale setacciare la mente del reo, per poter capire cosa lo ha mosso a commettere il fatto, se una psicopatia o mero *dolus malus*, e quindi, comprendere, se a macchiarsi di tale delitto sia stato un delinquente o un malato. Secondo Gulotta è bene distinguere; infatti, la pedofilia «sarebbe solo un sentimento, una tendenza ad avere relazioni sessuali con un bambino, mentre l'abuso si concretizzerebbe unicamente attraverso un agito con fini sessuali messo in atto ai danni di un minore»²³⁴. E ancora: «il “piacere” ed il “dis-piacere” [nel pedofilo] non restano al loro posto giudiziosamente, non vivono nel quadro di una logica opposizione, ma convivono in una commistione itinerante»²³⁵.

«La pedofilia ha una caratteristica particolare che si contraddistingue per il fatto che il pedofilo si comporta come un ragazzo fra i ragazzi»²³⁶, si manifesta come una specie di rifiuto di crescere e del mondo “adulto”, delle responsabilità e delle progettualità future. È uno stato di confusione sociale e sessuale. Il pedofilo

²³³ A. Coluccia, E., Calvanese, *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, Milano, 2007, pp.54-55; «Si rilevano in letteratura diversi ordini di classificazione concernenti i pedofili, e, tra questi, ricordiamo primariamente la distinzione tra soggetti psicopatologici e soggetti che tali non sono (Capri, 1999). Nel secondo gruppo vengono compresi gli individui con tratti di immaturità psicosessuale, passività, impotenza, infantilismo. Rientrano invece nel primo gruppo i soggetti affetti da qualsivoglia tipo di malattia mentale, che presenti nel corredo sintomatologico appunto anche la parafilia pedofilica».

²³⁴ G. Gulotta, *Aspetti psicodinamici del comportamento pedofilo*, Padova, 1999

²³⁵ G. Di Donato, *Comportamento abusante, violenza sessuale in danno di minori e pedofilia, aspetti criminologici*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 2001

²³⁶ N. Fusaro, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.10; «La pedofila appare quindi come un desiderio di rimanere per sempre ancorati all'età infantile».

sembra reprimere la concezione di sviluppo oltre l'adolescenza, infatti l'interesse verso il minore si fa meno intenso all'avvicinarsi della pubertà; più nello specifico, alla perdita dei caratteri adolescenziali in luogo di quelli somatici della persona adulta.

Come brevemente accennato, emerge da subito come il terreno sul quale si erge ogni ragionamento sulla materia sia impervio è privo di univocità di vedute. Le ragioni sono molteplici: in *primis*, è sempre difficile esplorare gli angoli reconditi e ancestrali della psiche umana, come quelli delle perversioni sessuali, ed altresì, suddetta analisi non è completamente scevra da qualsivoglia elemento esterno; infatti, la parafilia, categoria nella quale viene di fatto ricondotta la pedofilia (secondo il DSM IV), nonché definizione maggiormente accreditata (ancorché non vi sia totale accordo fra gli studiosi), è stata molto criticata. Tale categoria semantica più che corrispondere ad un delineato e specifico schema tecnico-scientifico, sembra, più che altro, adattarsi ad una censura di tipo morale e sociale, provocata da un sempre maggiore confusione reciproca tra il sapere clinico-tecnico e popolare-mediatico; senza dimenticare le pressioni provenienti dalla sfera moralistico-religiosa.

Alla base, però, vi è anche un problema di disinformazione; per il Prof. Ugo Fornari il problema delle condotte pedofile sta suscitando una reazione sempre più violenta e drastica, soprattutto a causa della risonanza mediatica; pertanto, l'opinione pubblica spesso si ferma di fronte alle inevitabili valutazioni morali e alle stigmatizzazioni provenienti dai mezzi di comunicazione²³⁷. Di certo, altresì, non aiuta la semantica: il termine "pedofilia", infatti, non afferisce solamente ad un quadro nosografico, in quanto appartiene alla materia penale, questa, pertanto, si configura sia come disturbo che come reato.

Da qui la necessità di mettere ordine già a livello di conoscenza del problema, ponendo nette distinzioni cliniche tra pedofilo e pedofilo.

«Vi è una grande eterogeneità di situazioni [a proposito della pedofilia] tale da rendere assai complessa l'attribuzione di questa parafilia al campo della

²³⁷ U. Fornari, *Pedofilia e reati sessuali contro i bambini*, Torino, 2000

dissocialità o a quello della patologia mentale dove può essere espressione di disturbi psichici di vario tipo»²³⁸.

Essendo un crimine particolarmente proclive ad infondere turbamenti nella collettività, gli stessi giudici sembrano avvertire il “peso” delle attenzioni dell’opinione pubblica; la disinformazione e il pregiudizio, a volte, portano a commettere errori che poi potrebbero riverberarsi proprio sugli stessi soggetti che si vuole proteggere.

Un delinquente va rieducato, un malato curato.

1.1 La pedofilia nella storia

«Nelle pagine della storia dell’uomo troviamo tracce dell’abuso sessuale verso i minori sin da epoche antiche»²³⁹. Le prime tracce dei rapporti tra adulti e bambini si rinvengono nella cultura dell’antica Grecia (da cui deriva etimologicamente il termine pedofilia). Già dal V secolo a.C. questo tipo di amore (c.d. efebico) è comunemente accettato; in realtà il sostantivo “pedofilia” non compariva negli antichi scritti greci nei quali, piuttosto, appariva il verbo “*paidofilein*”; indicando, così, che per i greci le relazioni amorose intrattenute tra pre-puberi ed adulti erano in primo luogo di tipo spirituale, intellettuale e pedagogico e solo secondariamente erano sessuali.

Le attenzioni che gli adulti rivolgevano ai giovani, dunque, avevano uno scopo ben delineato, per così dire, “scolastico; «questo genere di rapporti, infatti, occupava un posto di rilievo nella formazione morale e politica dei giovani maschi, che apprendevano dall’amante adulto le virtù del buon cittadino»²⁴⁰.

²³⁸ V. Volterra, nel Congresso SOPSI (società italiana di psicologia), Roma, 2002

²³⁹ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.5; «Si attribuisce l’introduzione di tale pratica al mitico re Laio, padre di Edipo e spasimante non corrisposto del principe argivo Crisippo, che Euripide rese famoso per averlo indicato in una delle sue tragedie come dedito alle donne e scarsamente incline agli amori pederastici».

²⁴⁰ A. Coluccia, E. Calvanese *Pedofilia un approccio multiprospettico*, cit., p.36

In tale rapporto la figura preminente è senz'altro quella dell'amante; egli è l'unico a poter trarre godimento dal rapporto carnale²⁴¹, ma su di lui gravano determinati oneri, come l'educare, sostenere e mantenere l'amato.

Era un'esperienza lecita, sia da un punto di vista sociale che giuridico, infatti era regolata da una serie di norme sociali non scritte e da leggi che stabilivano i tempi e i modi di questi rapporti, allo scopo di evitare che potessero degenerare, perdendo i loro connotati educativi, disperdendosi in una sorta di promiscuità indiscriminata, diseducativa e socialmente abietta .

Questo percorso pedagogico, altamente formativo, di solito iniziava quando il fanciullo compiva dodici anni; rapporti con bambini di età inferiore non erano ben visti nelle polis. Esso rappresentava un viatico essenziale per divenire ed essere considerati uomini; l'amante, simbolicamente, faceva dono al fanciullo del proprio equipaggiamento di guerra²⁴².

Questi rapporti sessualpedagogici si interrompevano al raggiungimento della maggiore età da parte del ragazzo, che di conseguenza si "spogliava" dei suoi vestiti da amato per mettersi quelli da amante²⁴³.

Bisogna aggiungere che non sempre tali rapporti erano accettati di buon grado dai fanciulli, anzi, a volte provavano vero senso di disgusto, al quale, però, non potevano sottrarsi (per le ragioni sopraindicate). L'amore efebico quindi non sempre veniva considerato moralmente etico, e prestava il fianco a spaurate critiche, seppur, di una netta minoranza di persone.

Di questi costumi ne forniscono fluente testimonianza molti autori, come; Platone, Senofonte e Luciano²⁴⁴.

²⁴¹ All'adolescente è inibito il piacere sessuale; questi, piuttosto, godrà proprio del piacere del maestro

²⁴² Una testimonianza rinviene nel "Contro Timarco" di Eschine par. 139; (Attraverso questa orazione Eschine si poneva l'obiettivo di far dichiarare Timarco privo dei diritti politici perché si era prostituito e la prostituzione maschile era vietata dalla legge).

²⁴³ Solo così il fanciullo avrebbe assunto il ruolo virile in tutta la sua pienezza; infatti, originariamente, tali rapporti, erano di tipo iniziatico

²⁴⁴ Platone nel *Fedone*, Senofonte, nel *Simposio* e Luciano negli *Amori*

Per quanto riguarda le fanciulle, la loro vita sessuale iniziava molto presto, infatti convolavano a nozze intorno ai dodici-tredici anni. Le donne adulte, specialmente a Sparta e Lesbo, potevano intrattenere relazioni amorose con le fanciulle, che divenivano così loro amanti, ed era tradizione unirsi a queste ragazze prima del matrimonio. Notissima, a tal proposito, è la poetessa Saffo, alla quale venivano affidate le ragazze aristocratiche per apprendere da lei, maestra dell'intelletto, tutte le espressioni corporee, che spaziavano dal canto, alla danza, fino al sesso.

«L'ammaestramento femminile, al pari di quello maschile, aveva quindi per corollario l'esistenza di relazioni omoerotiche che costituivano l'introduzione all'eterosessualità e quindi al matrimonio»²⁴⁵.

In conclusione, i fanciulli venivano formati per far sì che diventassero dei buoni cittadini, mentre le fanciulle per divenire brave mogli.

Nei primi secoli della storia Romana, quindi, prima che avvenisse la contaminazione ellenica, per il popolo latino era consuetudine avere rapporti sessuali con prepuberi, ma a differenza dell'esperienza Greca, tali rapporti non avvenivano con "*pueri liberi*" ma, bensì, con schiavi o giovani prostituti; non avevano quindi finalità paideutiche (non se ne vedeva la ragione, considerata "l'impossibilità" di formare uno schiavo perché diventi un buon cittadino), ma più che altro rispondevano ad un'etica della sopraffazione, tipico del popolo conquistatore; «la passività sessuale per un uomo libero è un crimine, per uno schiavo una necessità, per un liberto un dovere».²⁴⁶

La cultura dei Romani gli imponeva di prevalere: sui proprio concittadini con l'uso della parola, mentre su tutti gli altri non romani con la forza. Il giovane romano veniva educato sin dalla tenera età a vestire i panni del conquistatore: "*Tu regere imperio populos, romane, memento*"²⁴⁷.

²⁴⁵ Cfr. P. Capri, *La pedofilia: difficoltà e complessità d'interpretazione*, in "La problematica attuale delle condotte pedofile" a cura di B. Callieri e L. Frighi, Roma, 1999, p.19

²⁴⁶ Seneca, *Controversiae*, par. 10

²⁴⁷ Virgilio: "O romano, ricordati di esercitare il dominio sui popoli"

Le differenze con il mondo Greco erano a dir poco marchiane; infatti, come già anticipato, non ritenevano che per i ragazzi essere soggetti passivi di un rapporto sessuale fosse educativo.

La logica della sopraffazione, di conseguenza, vietava di avere come concupito un ragazzo libero romano, poiché esso, in un'età così importante (la pubertà) non poteva essere dominato, in quanto ne avrebbe potuto compromettere la formazione morale e politica. Ecco perché esistevano dei veri e propri provvedimenti contro la pederastia²⁴⁸ (è da notare che le leggi che regolavano tale pratiche tutelavano solo i maschi, le bambine erano totalmente svalutate e tutto ciò fatto a loro non suscitava interesse alcuno).

Forse, tale distanza fra i due popoli, potrebbe derivare anche dal fatto che a Roma si diventava maggiorenni molto presto, a quattordici anni, quindi, di fatto, la pubertà durava poco.

Successivamente però, anche i Romani furono influenzati dal c.d. vizio greco. Con l'ellenizzazione anche i Romani iniziarono ad amare i “*puberi liberi*”, ma queste pratiche, forse anche per ragioni temporali, «fecero dimenticare la purezza dei “*mores maiorum*”»²⁴⁹; inizia, così, una sorta di deformazione dei costumi sessuali, i quali, ormai, non avevano più radici pedagogico-culturali profonde.

I nuovi costumi si stavano progressivamente allontanando dai precetti religiosi della cultura pagana. Ma fu con l'avvento del cristianesimo, e di conseguenza dei primi imperatori cristiani, che, anche se molto gradualmente, iniziò a prevalere, anche sulla formulazione legislativa, la morale cristiana. La pederastia e l'omosessualità iniziarono ad essere considerati come peccati imperdonabili, che più di ogni altro offendevano il Signore. Viene rimproverata precipuamente “l'innaturalità” di tali rapporti poiché rimarrebbero estranei alla finalità

²⁴⁸ La *Lex Scatinia*, ad esempio puniva con una pena pecuniaria chi avesse stuprato un giovane libero

²⁴⁹ A. Coluccia, *Pedofilia un approccio multiprospettico*, cit., p.39; «A questa altezza dello sviluppo storico si ravvisa la trasformazione di un fatto educativo in un comportamento di massa slegato da ogni legittimazione di tipo civile».

procreative. Tutti coloro i quali fossero dediti a tali pratiche, sarebbero stati puniti, anche con la morte²⁵⁰.

Viene da sé che il soffocamento di tali pratiche ha principalmente una ragione religiosa alle sue basi.

Però, l'esperienza Greco-Romana non è sicuramente l'unico esempio di pedofilia culturalmente e legalmente accettata; sono molti i popoli che dall'alba dei tempi (fino ad oggi) assoggettano sessualmente i minori per le ragioni più o meno deplorevoli²⁵¹.

Il fenomeno "pedofilia", quindi, non è di certo una degenerazione moderna, ma – purtroppo- un triste e scomodo retaggio del passato. L'attenzione per il fanciullo c'è sempre stata; semmai essa muterà, concettualmente, al variare dei luoghi, delle epoche e della cultura dei popoli.

Tali pratiche sono, però, sempre meno tollerate dalla collettività; sono allontanate dal vento della sensibilità sociale, che spira tanto più forte quanto più si affermano i "diritti del bambino".

2. Analisi sociologica sul fenomeno "pedofilia" – percezione sociale

Uno dei tanti luoghi comuni in materia, vede la rappresentazione sociale del pedofilo come il "maniacco", sconosciuto alla vittima, che aggredisce il bambino usandogli violenza.

Ma a smentire le fantasie popolari (che guardano al pedofilo, per lo più, come un "maniacco" estraneo al contesto dei rapporti affettivi della vittima), abilmente costruite e fomentate dai media, soccorrono i dati statistici: «in realtà più di due terzi degli abusi sessuali compiuti sui minori avvengono in contesti noti alla vittima, e apparentemente protetti, ad opera per lo più di familiari e

²⁵⁰ Cfr., E. Cantarella, *Secondo natura- La bisessualità nel mondo antico*, Milano, 1999

²⁵¹ Cfr., G. Cifaldi, D. Bosco, *Pedofilia: un approccio psicologico, sociologico e giuridico*, 1999

conoscenti»²⁵². Per molto tempo l'entità di tale dato è stata sottostimata, non solo perché sottaciuto dagli stessi interessati (omertà familiare), ma anche per via delle difficoltà oggettive nel reperire dei dati aderenti alla realtà dei fatti. Il particolare contesto nel quale la violenza viene perpetrata condiziona fortemente la vittima, la quale il più delle volte sceglie di non opporsi e tacere l'accaduto. In questi casi potrebbe rilevarsi come risolutivo il ruolo di persone vicine al contesto familiare, ma estranee ad esso.

Da tempo, quindi, è emersa l'esigenza di fare chiarezza su un argomento tanto spinoso quanto difficile da afferrare (anche e soprattutto, a causa delle difficoltà a individuare una definizione del fenomeno generalmente accettata e chiara): infatti, «al di là dello schema nosografico del DSM, che rimane una formula compromissoria e non esaustiva, la dottrina non si è sottratta al tentativo di costruire una sorta di identikit del pedofilo, anche perché i media hanno contribuito molto a mitizzare della sua figura».²⁵³

È più consueto imbattersi in vittime in età preadolescenziale (8-12 anni), di sesso femminile; tuttavia, non per questo pare trascurabile il numero di abusati di sesso maschile. È da sottolineare, altresì, che al passare degli anni l'età media delle vittime pare stia diminuendo²⁵⁴.

Per quanto riguarda l'abusante, di solito, esso è di sesso maschile e di età adulta.

Ognuno, tenendo conto di tutti quei fattori sociali e non, che possono condizionare la crescita della vittima, reagisce, anche a seconda dell'età o della maturità mentale, in modo differente alla violenza commessa dal proprio abusante; a tal uopo è interessante analizzare un fenomeno (paradossale) che può verificarsi in seguito di tali fatti, che viene comunemente denominato "sindrome di Gimmy".

²⁵² G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.49; «Numerosi, anche se non esattamente predettivi sono i "segnali", i cosiddetti indicatori che la vittima e la sua famiglia inviano con il proprio comportamento, e che, opportunamente decifrati, possono indicare, a chi è pronto ad ascoltarli, una chiave per infrangere il "segreto"».

²⁵³ E. Santoro, *L'altro diritto*, Riv. it. giur.

²⁵⁴ Dati forniti da "Censis"- Centro Studi Investimenti Sociali, *Sfruttamento sessuali e minori, linee guida*, 1998

Per comprendere appieno tale fenomeno, è bene riportare, come esempio, i tratti sintomatici di un altro disturbo post traumatico, molto affine (ma anche più noto), alla sindrome di Gimmy; la sindrome di Stoccolma.

Nell'agosto del 1973, quattro impiegati di una banca di Stoccolma furono tenuti in ostaggio nel sotterraneo della banca per circa sei giorni da due banditi. La banca fu rapidamente circondata e in quei sei giorni presero atto le trattative tra i malviventi e le forze dell'ordine. La situazione sembrava disperata; tensione, nervosismo, la vita dei più era attaccata al proverbiale filo.

Però, alla fine di questa avventura, contrariamente a quanto chiunque si sarebbe aspettato, risultò che le vittime non solo dichiararono di aver temuto più la polizia che i rapinatori, ma verso questi espressero anche sentimenti positivi.

«Essi descrissero di aver avuto la sensazione che i criminali avessero ridato loro la vita e quindi si sentivano emotivamente in debito verso i loro sequestratori per questa loro generosità»²⁵⁵. «La sindrome di Stoccolma consiste generalmente in tre fasi: sentimenti positivi degli ostaggi verso i loro sequestratori, sentimenti negativi degli ostaggi verso la polizia e le altre autorità, reciprocità di sentimenti positivi da parte dei sequestratori»²⁵⁶; «l'ostaggio è più simile al neonato che deve piangere perché gli venga dato da mangiare, che non può parlare ed è costretto all'immobilità. Come il neonato è in uno stato di estrema dipendenza e paura. Egli ora dipende dai sequestratori e le armi che la polizia rivolge a loro sono, nella mente dell'ostaggio, rivolte contro di lui»²⁵⁷.

La sindrome di Gimmy consiste esattamente in questo; una sorta di relazione che si instaura tra l'abusatore e l'abusante. Per cui, il bambino, si riconosce più come complice che come vittima. Ciò, ovviamente, non toglie che la malaugurata vittima, al di là dei sentimenti che nutre verso il proprio persecutore, subirà, molto probabilmente, delle indelebili ripercussioni psicologiche.

²⁵⁵ M. Monzani, *Manuale di criminologia*, Roma, 2016, p.476

²⁵⁶ M. Strano, *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003, p.561

²⁵⁷ N. Lalli in *Psicodinamica da situazioni estreme*, tratto da un lavoro di T. Strentz, 1997

Passando oltre questo piccolo “*excursus*”, si focalizzeranno le attenzioni sull’analisi e l’approfondimento riguardo la percezione che la società ha del fenomeno; conoscenza, opinioni e sentimenti²⁵⁸. Un ruolo centrale, è doveroso precisare, lo rivestono sicuramente i media, in quanto rappresentano lo strumento conoscitivo per eccellenza. Essi, principalmente, muovono le opinioni e i sentimenti della società, formando quella che comunemente prende il nome di “opinione pubblica”; la quale ben è in grado, talvolta, di influenzare anche le decisioni dei giudici stessi²⁵⁹. Tali correnti di pensiero in senso “negativo” sono prontamente osteggiate dal c.d. “fronte di liberazione” del pedofilo; il quale, di converso, «cerca di sdoganare la pedofilia da ogni inquadramento di tipo nosografico, per abbattere gli argini della diversità letta come “malattia o come “perversione”, ovvero, peggio ancora, come “mostruosità”²⁶⁰. Come per la maggior parte delle cose, ritengo che la verità possa trovarsi nel mezzo.

Qui saranno riproposti una serie di studi sociologici che mi hanno colpito e che penso possano essere d’ausilio a meglio interpretare le criticità che permeano l’argomento in questione; in particolare ci occuperemo dell’analisi dei risultati di alcune ricerche in tema di percezione della pedofilia negli anni 1998-2001²⁶¹.

Il primo campione preso in considerazione risulta essere composto da 210 insegnanti delle scuole della città di Siena e Milano. Età media 43 anni, prevalentemente di sesso femminile.

²⁵⁸ Tali studi sociali, fondamentali per una speculazione circa la portata di tale fenomeno, derivano per lo più dall’esperienza americana; Selling e Wolfgang, 1964; Quinney, 1970; Conklin, 1975; War, 1982, ecc.

²⁵⁹ Cfr. lo studio di L. Lanza, *Le interferenze degli stereotipi e dei pregiudizi nel processo decisionale*, in De Cataldo, *Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997, p.219

²⁶⁰ Cfr. L. Blisset, *Lasciate che i bimbi – Pedofilia: un pretesto per la caccia alle streghe*, Roma, 1997, p.12

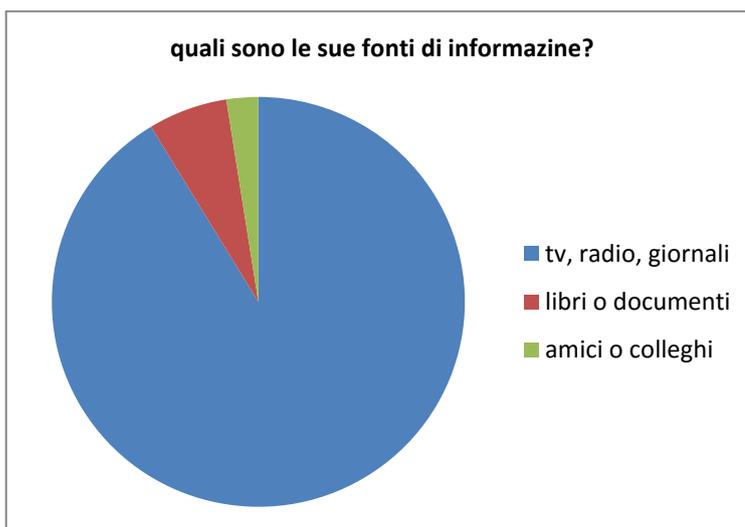
²⁶¹ Tale studio è riportato in: *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, cit., pp.98 e ss. A cura di E. Calvanese; sono stati selezionati solo gli elementi più interessanti, in realtà a tale analisi sociologica sono stati sottoposti più categorie di soggetti, ai quali sono state fatte un numero maggiore di domande. È stata effettuata tale “sinossi” per focalizzare l’attenzione del leggente sugli aspetti più centrali dello studio, per poter percepire più agevolmente le incoerenze che aleggiavano nell’opinione pubblica riguardo siffatto argomento.

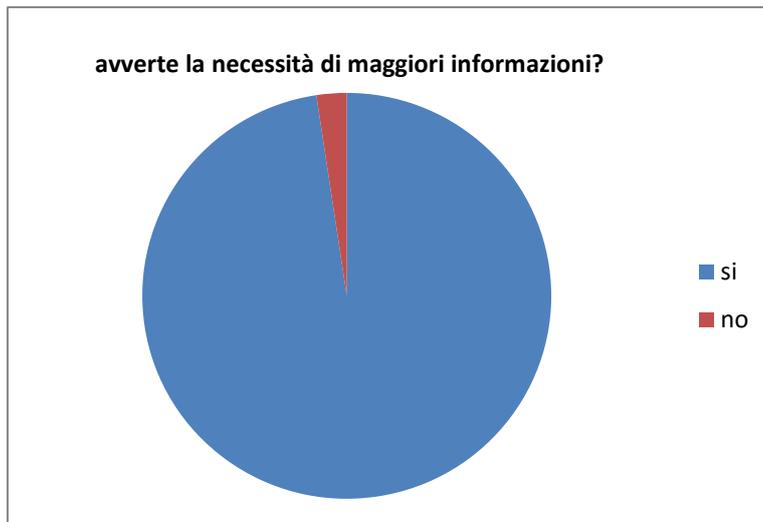
Percezione del pedofilo:



Come risulta evidente, per la maggioranza soggetti chiamati ad esprimersi, il pedofilo è principalmente una persona malata, secondariamente un maniaco sessuale e per una ristretta cerchia di insegnanti un delinquente o “altro”.

Mass-media e pedofilia:

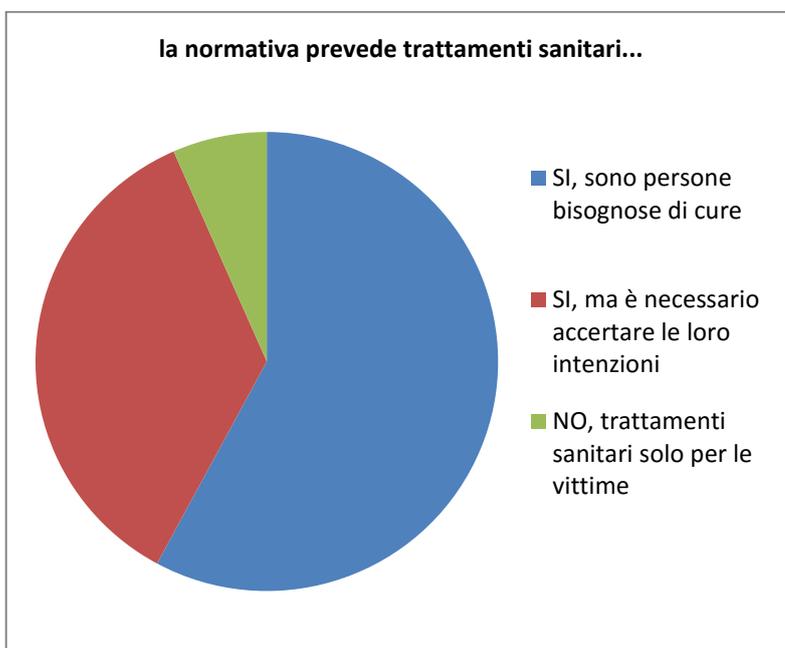
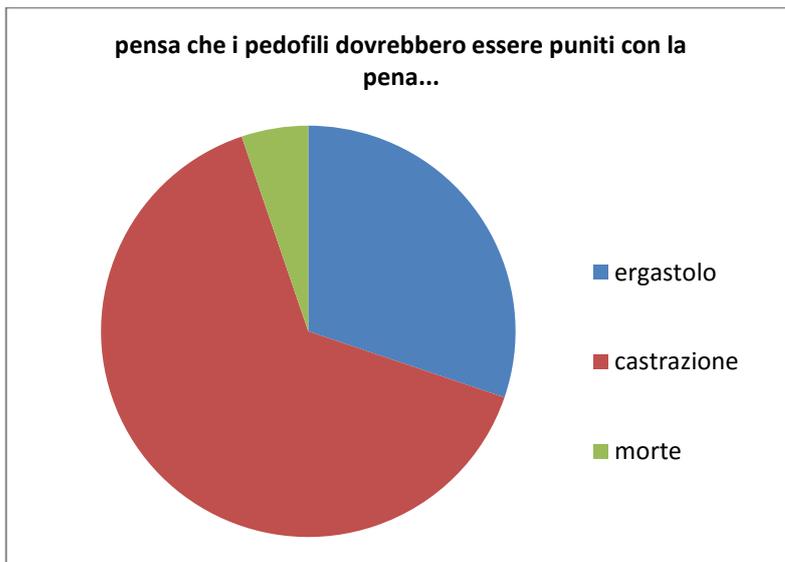




I risultati cui si perviene sono inequivocabili: si ha la conferma che i mass-media sono i principali strumenti di informazione sull'argomento e che, altresì, quasi tutti i campioni intervistati necessita di maggiori informazioni.

Pedofilia e legge:





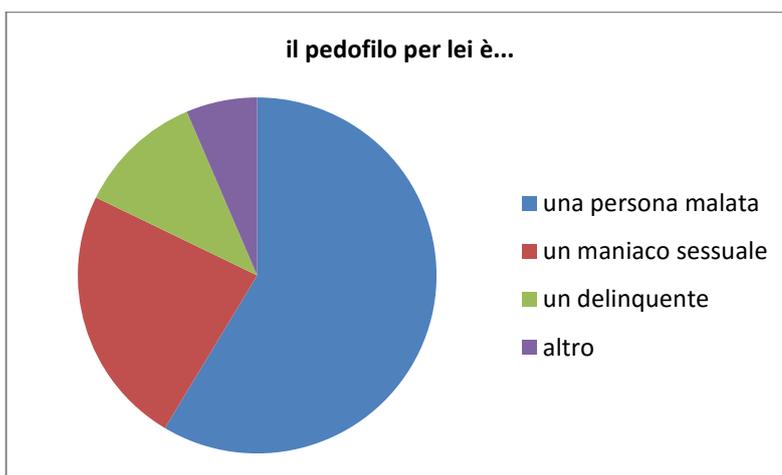
Alla luce di tali risultanze, possono essere effettuate varie valutazioni. L'art. 609 ter del codice penale prevede per chi abusa di un minore di 14 anni una pena

edittale che va dai 6 anni sino ai 12; per quasi la totalità degli intervistati, le pene previste risultano essere adeguate o troppo poco severe. A questi ultimi è stato chiesto quale sarebbe per loro la pena più adeguata; la maggioranza ritiene che sia la castrazione chimica, seguita dalla pena dell'ergastolo, mentre solo per pochi la sanzione più adeguata risulta essere la pena capitale.

È stato, inoltre, chiesto loro se l'abusante meritasse di essere sottoposto a taluni trattamenti sanitari, la maggior parte di essi ha risposto in senso affermativo, motivando che, comunque, si trattava di persone bisognose di cure, un numero non di molto inferiore, rispondendo sempre affermativamente al quesito, pone come presupposto il compimento di un accertamento per vagliare le reali intenzioni del reo. Mentre per una piccola minoranza i trattamenti sanitari dovrebbero essere a beneficio delle sole vittime del reato.

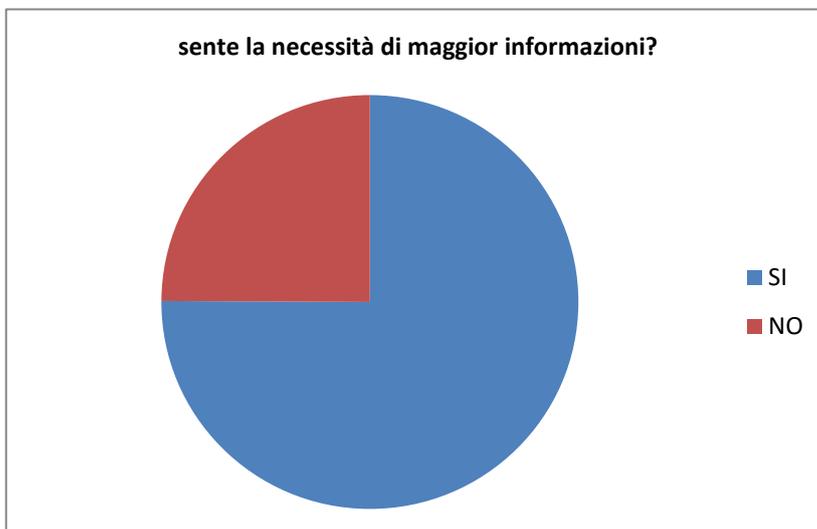
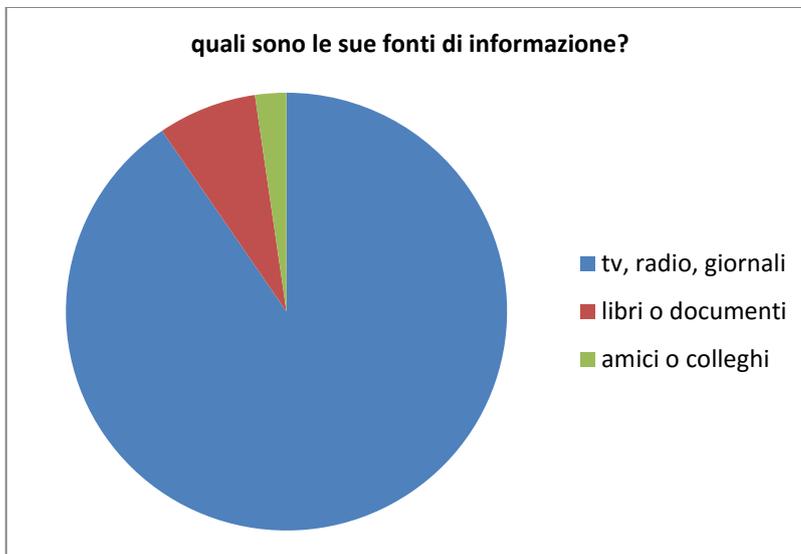
Tale secondo studio è stato proposto nei confronti di alcuni studenti universitari di Milano. Il campione è composto da 318 studenti, 106 maschi e 212 femmine di età compresa tra i 20 e i 26 anni.

Percezione del pedofilo:



Come nello studio precedente, anche per la grande maggioranza degli studenti il pedofilo è una persona malata. Secondariamente, per 81 studenti su 318, esso è un mero malato sessuale, mentre la più fiavole minoranza lo qualifica come "delinquente" generico o "altro".

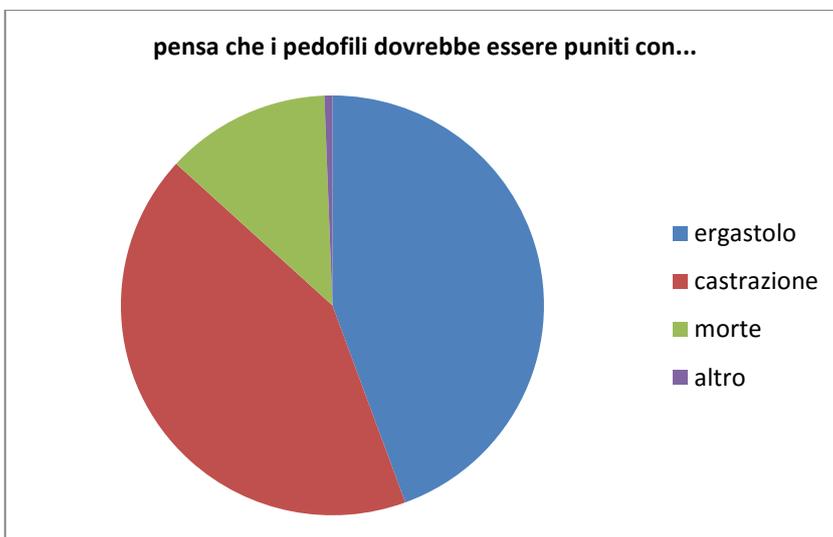
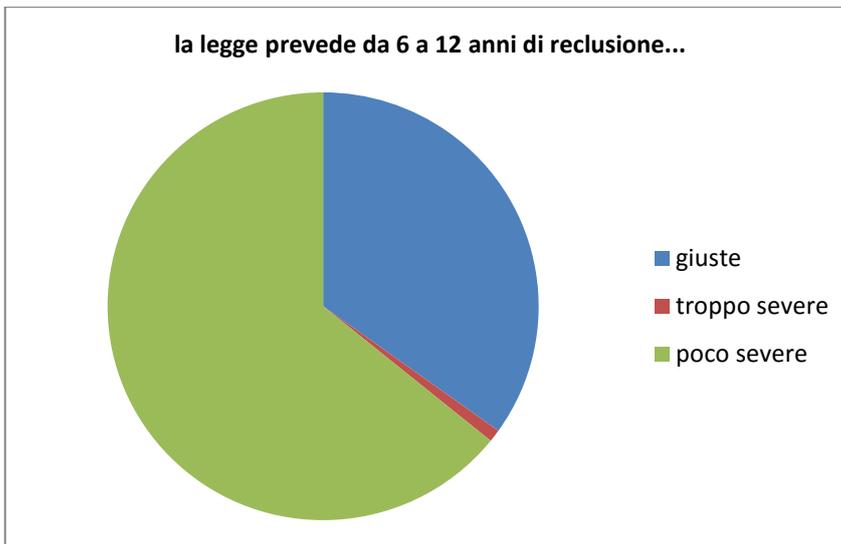
Mass-media e pedofilia:

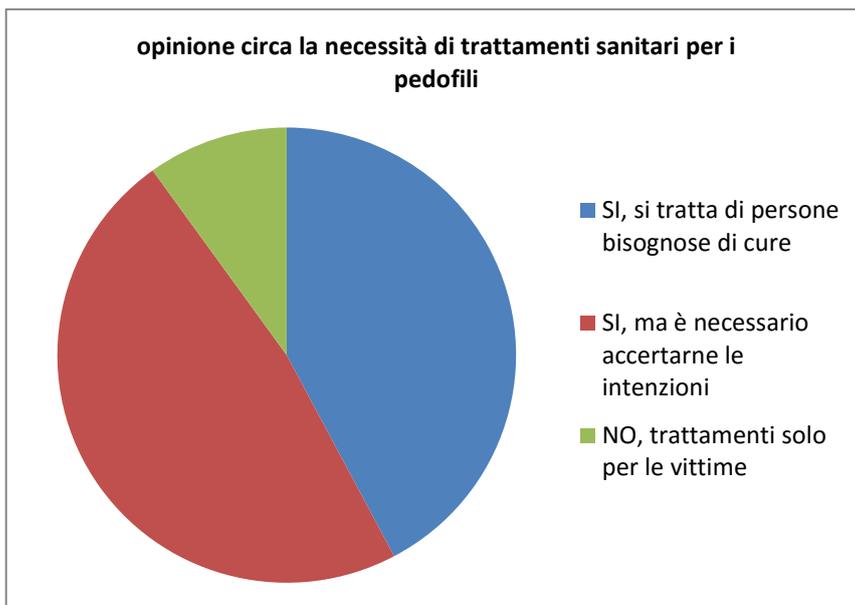


Anche in questo caso è agevole notare come la fonte primaria di informazioni sia riconducibile all'attività mass-mediatica, mentre, riguardo la riconosciuta insufficienza conoscitiva, è da rilevare che chi si ritiene sufficientemente informato è percentualmente superiore rispetto allo studio condotto sui professori;

anche se, ugualmente, la maggioranza si professa bisognosa di ulteriori informazioni.

Pedofilia e legge:





Quasi la totalità di chi si è sottoposto a questo studio reputa le pene previste dal codice penale troppo poco severe o, tutt'al più, giuste. La grande maggioranza, fra chi sosteneva l'inadeguatezza del rigore sanzionatorio delle pene previste dal c.p., indica come appropriata la pena dell'ergastolo o la castrazione chimica, mentre un numero inferiore di essi (25 su 199) suggerisce la pena di morte. Anche in questo caso appare più convincente, per i campioni, sottoporre il pedofilo a trattamenti sanitari, seppur, diversamente dallo studio precedente, la maggioranza ritiene opportuno anzitutto valutarne le reali intenzioni. Infine, la minoranza degli studenti milanesi non farebbe beneficiare il reo dei trattamenti sanitari, riservandoli alla sola vittima.

Lo studio poc' anzi riproposto sicuramente non è in grado di fornire delle risposte certe, ma ben può essere adoperato come utile spunto sul quale poggiare le basi di una riflessione.

Dai dati emersi si riesce perfettamente a percepire come talune domande siano in grado, più di altre, di far affiorare in superficie contenuti squisitamente emotivi, come nel caso della pena di morte o della castrazione chimica.

In particolare, è degna di attenzione, la qualifica che attribuiscono al pedofilo; esso viene visto come un malato di mente. La maggioranza degli intervistati, infatti,

ritiene che costui altro non sia che un malato mentale e, di conseguenza, il suo agire sarebbe condizionato dagli impulsi di una psicosi che gli obnubila la psiche.

Quasi la totalità delle informazioni sull'argomento sono pervenute dall'attività mass-mediatica. È sicuramente un bene che i media portino alla luce un fenomeno così delicato e attuale, ma necessariamente anche essi (i media, appunto) devono rispondere a taluni condizionamenti esterni; ad esempio l'audience. L'audience, infatti, è il risultato al quale ambiscono tv, radio, giornali; per essi è una vera e propria condizione di esistenza. Più audience il programma o la trasmissione riesce a catturare e più lo stesso ne trae giovamento. Esso è però, a mio parere, un'arma a doppio taglio, infatti, è pur vero che l'audience spinge un'emittente a fornire un servizio di qualità, ma al tempo stesso lo "costringe" ad individuare e selezionare le notizie che possono suscitare maggiormente interesse.

Il caso del pedofilo è emblematico; i media, appunto, per cercare di catalizzare l'attenzione dell'ascoltatore proporranno notizie il più possibile "accattivanti". Nel caso in questione, tale costume, si sostanzia nel proporre solo quei casi di un certo rilievo sociale, tali da nutrire un senso di repulsione e di abiezione nell'ascoltatore, suscitando il sorgere di sentimenti emotivamente orientati. Viene a delinearsi un preciso identikit del pedofilo, estremizzato, che nella realtà corrisponde ad un caso eccezionale, ma nell'opinione pubblica si proietta come ordinario.

Gli intervistati sembrano confermare tale pensiero, allorché abbracciano una concezione patologica della pedofilia, sottolineando, altresì, l'opportunità di cure nei confronti degli abusatori. Però, al contempo, gli stessi (gli intervistati) non giudicano come congrue le sanzioni previste dal codice penale, sottolineando come sia più adeguata la pena della castrazione chimica o dell'ergastolo. Viene aperta, così, una forbice apparentemente non richiudibile tra richiesta repressiva, oltremodo severa, e prospettiva terapeutico-curativa, in una continua alternanza tra approccio emotivo-protettivo e posizioni maggiormente consapevoli e distaccate.

Sembra un paradosso che una stessa persona, giudicata alla stregua di un malato di mente, per il quale sarebbe auspicabile la sottoposizione ad un trattamento sanitario (in quanto malato, appunto), debba, poi, essere condannata alla castrazione chimica, alla pena dell'ergastolo o peggio, a morte.

È evidente che aleggia un moto di confusione all'interno dell'opinione pubblica. Le conclusioni cui sembrano pervenire i più sembrano biasimabili; l'idea di stigmatizzare a prescindere determinati comportamenti, fomentata dai mass-media, ha come risultato scontato il prevalere di sentimenti trasportati, a volte, da un eccesso di emotività. L'aspetto che più preoccupa è che anche il giudice fa parte della collettività ed anche esso ben potrà farsi sopraffare dalle emozioni; però, la tutela della collettività non sempre combacia con la protezione di essa (come più tardi vedremo).

2.1 L'identikit dell'autore

Le persone denunciate all'autorità giudiziaria per violenza sessuale su minori (ex artt. 609 *bis* e *ter* c.p.) negli ultimi anni hanno registrato un aumento di circa il 20% rispetto al passato²⁶².

La nazionalità dell'autore è prevalentemente italiana (80% circa); seguono quella albanese (4% circa), marocchina (3% circa) e rumena (2% circa).

Il tipo di relazione che lega la vittima all'abusante il più delle volte è quella cosiddetta intraspecifica²⁶³ (70% circa dei casi)²⁶⁴. Bastano «questi pochi dati per farci riflettere su come l'inclinazione violenta si svolga in modo prevalente tra soggetti che si conoscono, dato peraltro già individuato dalla letteratura»²⁶⁵.

²⁶² Tali dati forniti da A. Coluccia, *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, cit., p.64

²⁶³ Per relazione intraspecifica si intende un abuso nel quale l'autore e la vittima si conoscono. In particolare tale relazione può essere di tipo familiare (se l'agente è un membro della famiglia), di tipo sociale (allorquando l'autore del reato è un soggetto che appartiene alla sfera sociale della vittima) e di tipo scolastico (se i soggetti, attivi e passivi, appartengono all'ambiente scolastico).

²⁶⁴ Ovviamente è anche presente un tipo di relazione extraspecifica, la quale si caratterizza per il fatto che tra l'abusante e l'abusato non intercorre alcun genere di rapporto o legame pregresso

²⁶⁵ A. Coluccia, *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, cit., p.65

Sempre nell'ambito della relazione intraspecifica, l'autore del reato di violenza sessuale è nella stragrande maggioranza dei casi un familiare (93% circa), mentre solo nel 3,5% (circa) dei casi si tratta di un soggetto conosciuto in ambito scolastico ed infine nel 2,5% (circa) è una persona conosciuta in ambito sociale.

2.2 L'identikit della vittima

Volgendo lo sguardo dalla parte della vittima, «è possibile osservare come la percentuale più alta riguardi i soggetti di età compresa tra 0 e 10 anni»²⁶⁶ (40% circa)²⁶⁷ di sesso femminile (67% circa).

In riferimento alla collocazione topografica delle vittime, sono le regioni del Sud quelle più rappresentate (quasi il 50% dei casi).

Per quanto riguarda il tipo di relazione che intercorre tra l'abusato e l'abusante si rimanda al paragrafo precedente (§2.1).

3. Tutela dei minori tra Italia ed estero

Nel passato prevaleva una concezione paternalistica della società, che non si curava degli interessi dei giovani in quanto tali, ma li considerava, piuttosto, come ingranaggi del tessuto sociale; «il minore è stato da sempre, nell'arco della storia, soggetto ai dettami del mondo degli adulti; se da un lato era considerato in grado di collaborare al mantenimento della famiglia, dall'altro risultava essere completamente “incapace” di fronte alla legge»²⁶⁸.

I cambiamenti culturali che hanno accompagnato le varie società hanno mantenuto l'idea del bambino socialmente immaturo e, quindi, giuridicamente incapace, ma gli hanno accordato anche sempre più protezione. Tale protezione,

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ A fronte del 35% (circa) delle vittime in età compresa tra gli 11 e i 14 anni e del 25% (circa) con età compresa tra i 15 e i 14 anni.

²⁶⁸ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.129

però, era prettamente di tipo paternalistico; i diritti del bambino potevano essere esercitati solamente dai famigliari o da chi ne faceva le veci.

Ed è da tale presupposto che prendono il via gran parte delle problematiche attinenti all'argomento in questione; ritenere i bambini una categoria oggetto di protezione particolare comporta, implicitamente, non ritenerli idonei ad autolegittimarsi. Tale assunto, di fatto, prevede un'incapacità del minore che certamente non può essere esente dal sollevare complicazioni concettuali e giuridiche.

D'altra parte il tema oggetto di trattazione è stato affrontato nell'ambito internazionale soltanto nel periodo dell'industrializzazione, perché strettamente collegato al problema dello sfruttamento dei bambini nel mondo del lavoro.

Anche se «con un certo ritardo il diritto cominciò a riconoscere prima, che vi sono dei doveri degli adulti nei confronti dei bambini e poi, che questi ultimi sono portatori di diritti»²⁶⁹.

Pian piano cominciarono a nascere i primi statuti tesi a tutelare il minore; «in Italia il primo progetto di legge minorile venne varato solo all'inizio di questo secolo, nel 1909. In seguito con la legge n.1404 del 1934, fu istituito il Tribunale per i Minorenni»²⁷⁰.

«La maggiorata attenzione al problema, l'esigenza di contrapporre strumenti adeguati e di sviluppare una deterrenza efficace ed effettiva, hanno indotto a concepire, ricercare e creare più adeguati riferimenti normativi, attraverso l'elaborazione di fattispecie astratte che potessero ricomprendere, realisticamente, la complessità del fenomeno»²⁷¹.

²⁶⁹ A. Moro, *Erode fra noi*, Milano, 1988, p.21

²⁷⁰ L'altro diritto, in Riv. it., giur.; «Mentre a seguito della nascita dei primi statuti tesi a proteggere i minori, nel 1899 nacque il primo Tribunale per Minorenni».

²⁷¹ L. Cortellessa, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.83; «Ogni azione di contrasto contro fenomeni sociali che vengono percepiti come gravi e riprovevoli necessita di avere, comunque, oltre a pur necessarie dichiarazioni di principio, una base di partenza ideologico-politica».

È utile, per capire pienamente la normativa nostrana, soffermarsi sugli strumenti normativi internazionali (sulla scia dei quali, poi, si è sviluppata la normativa italiana).

Tra le dichiarazioni internazionali più degne di nota vi sono: la Convenzione per la Soppressione del Traffico, Sfruttamento e Prostituzione delle Persone (1949); Convenzione Europea dei Diritti Umani (1950); la Convenzione per i Diritti del Fanciullo (1989) e la Convenzione di Stoccolma (1996). «Si può ben dire, che ciascun ordinamento rispecchia il grado di riconoscimento dell'abuso di volta in volta raggiunto nel singolo paese, e che vi è quindi un rapporto di proporzionalità diretta fra la conoscenza del fenomeno e la tutela offerta dalla legge»²⁷².

Per quanto riguarda l'impegno italiano, va rimarcata l'importanza della legge n.66/1996 che permette il superamento della precedente e limitata normativa e in particolare dei ricorsi agli artt.: -564 c.p. (incesto); -519 c.p. (violenza carnale); -521 c.p. (atti di libidine violenti); -530 c.p. (corruzione di minorenni) e, di fatto, colloca il reato di violenza sessuale fra i delitti contro la libertà personale invece che tra quelli contro la moralità pubblica ed il buon costume.

«La risposta giuridica cerca di proteggere le vittime bisognose di tutela, con un intervento sul piano penale: le azioni ed omissioni commesse ai danni del minore sono prese in considerazione come ipotesi di reato»²⁷³.

Terminato questa breve digressione, dirigerò la mia attenzione sull'inquadramento di due fra le più importanti Convenzioni per la tutela dei minori; la Convenzione Internazionale per i Diritti dell'Infanzia e la Convenzione di Stoccolma, per poi soffermarmi sull'impegno italiano e la normativa codicistica.

²⁷² A. Moro, *Erode fra noi*, cit., p.21

²⁷³ A. Cadoppi, *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999

3.1 Convenzione Internazionale per i Diritti dell'Infanzia

L'elaborazione della Convenzione Internazionale per i Diritti dell'Infanzia inizia nel 1979, a vent'anni esatti dalla "Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo"²⁷⁴, in concomitanza con la proclamazione dell'Anno Internazionale del Bambino.

La fine della Guerra Fredda contribuisce a creare nella Comunità internazionale la volontà di accordarsi universalmente per la creazione di una Carta sui Diritti dei Bambini; il 20 Novembre 1989, a New York, viene approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite la Convenzione Internazionale per i diritti dell'infanzia (da ora "CRC")²⁷⁵.

Il documento si compone di una raccolta organica e completa di articoli a tutela del minore, segnando, a livello normativo, il passaggio dalla visione del bambino come oggetto di protezione, all'idea di esso come soggetto, a pieno titolo, di diritti propri²⁷⁶; essa è composta da 54 articoli ed è suddivisa in tre parti: la prima parte (artt. 1-41) contiene l'enunciazione dei diritti, la seconda (artt. 42-45) indica gli organismi preposti e modalità per l'implementazione e il monitoraggio della Convenzione stessa e la terza (artt. 46-54) descrive la procedura di ratifica.

La Convenzione all'art. 1 specifica che con il termine "fanciullo" si intende: «ogni essere umano avente un'età inferiore ai diciotto anni salvo se abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile». «Precisazione di

²⁷⁴ I diritti che si vogliono garantire sono ancora strettamente correlati all'im maturità psico-fisica del minore, che, quindi, risulta ancora essere soggetto passivo di diritti. Nei primi anni del dopo guerra, la problematica in riferimento alla tutela dei minori giunge ad un nuovo approdo; Organizzazione delle Nazioni Unite riconosce ed istituisce il "Fondo Internazionale di Soccorso per l'Infanzia, con lo scopo di assistere i bambini vittime della guerra. Con la Dichiarazione Universale dei Diritti del Fanciullo, stipulata e approvata il 20 novembre 1959, il bambino diviene pienamente soggetto di diritti; «*non si tratta di norme applicabili al minore, ma di una descrizione dei diritti che devono essere a lui riconosciuti*» (F. Defossez, *Les Droit de l'Enfant*, Università di Francia, Parigi, 2001, p. 5)

²⁷⁵ Ratifica dall'Italia tra anni dopo grazie alla Legge 27 maggio 1991 n. 176 e depositata presso le Nazioni Unite il 5 settembre 1991

²⁷⁶ Per la prima volta il bambino viene riconosciuto titolare di diritti propri e non più in virtù di legami con la madre o comunque attinenti alla famiglia; art. 25.2 («La maternità e l'infanzia hanno diritti a speciali cure e assistenza») "Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo"

strategica importanza proprio perché rimanda ai legislatori dei vari paesi l'indicazione temporale che discrimini il fanciullo dall'adulto»²⁷⁷.

La CRC entra in vigore a livello internazionale il 2 settembre 1990, venendo ratificata da tutti i paesi del mondo nel giro di 6 anni, eccezion fatta per la Somalia e gli Stati Uniti²⁷⁸. Gli articoli che trattano direttamente gli abusi o le violenze sessuali sono il 19, comma 1 ed il 34. Il primo prescrive: “gli Stati parti adottano ogni misura legislativa, amministrativa, sociale ed educativa per tutelare il fanciullo contro ogni forma di violenza o di brutalità fisiche o mentali, di abbandono o di negligenza, di maltrattamenti o di sfruttamento, compresa la violenza sessuale, per tutto il tempo in cui è affidato all'uno o all'altro, o a entrambi, i genitori, al suo tutore legale, oppure a ogni altra persona che abbia il suo affidamento”. Il secondo, invece, dispone che: “Gli Stati parti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale o multilaterale per impedire: a) che i fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi ad un'attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico”.

In particolare, la CRC si preoccupa altresì, oltre che della repressione di tali pratiche - attraverso l'adozione di provvedimenti adeguati - di predisporre misure atte ad assicurare il recupero ed il reinserimento sociale del fanciullo abusato sessualmente²⁷⁹; quindi estendendo di fatto la propria tutela sia ad un momento antecedente che ad uno successivo.

²⁷⁷ A. Coluccia, *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, cit., p. 164; «*Gli Stati restano liberi nella scelta, anche se la maggior parte dei paesi affidano al compimento del 18° anno il limite di età cui applicare le nuove fattispecie criminose; le diverse età del fanciullo vengono considerate come aggravanti il reato stesso*»

²⁷⁸ Il governo somalo non ha potuto ratificare il trattato poiché non riconosciuto dall'ONU; mentre gli Stati Uniti poiché la CRC all'art 37 proibisce l'applicazione della pena capitale o dell'ergastolo per fatti commessi prima del raggiungimento della maggiore età, confliggendo, quindi, con talune leggi Federali (in primis della Florida).

²⁷⁹ Art. 39; “Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento per agevolare il recupero fisico e psichico ed il reinserimento sociale di ogni fanciullo vittima di ogni forma di negligenza, di sfruttamento o di maltrattamenti, torture o di ogni altra forma di pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, o di un conflitto armato. Tale recupero e reinserimento deve svolgersi in condizioni tali da favorire la salute, il rispetto della propria persona e la dignità del fanciullo”.

Sono quattro i principi fondamentali della CRC :

- a) Non discriminazione: i diritti sanciti da tale documento devono essere garantiti a tutti i minori, indistintamente²⁸⁰.
- b) Superiore interesse del minore: in ogni legge, provvedimento o iniziativa pubblica o privata l'interesse del minore deve essere considerato preminente²⁸¹.
- c) Diritto alla vita alla sopravvivenza e allo sviluppo: gli Stati si impegnano a approfondire il massimo delle risorse disponibili per tutelare non solo la vita, ma anche lo sviluppo del minore²⁸².
- d) Ascolto delle opinioni del minore: ogni bambino ha diritto ad essere ascoltato e gli adulti hanno il dovere di tenere adeguatamente in considerazione le loro opinioni²⁸³.

La CRC non si limita quindi al mero riconoscimento del bambini come titolare di diritti, ma prevede anche il diritto ad essere aiutato e preparato «a vivere una vita individuale nella società e ad essere allevato nello spirito degli ideali proclamati nella Carta della Nazioni Unite, in particolare nello spirito di pace, dignità, tolleranza, libertà, eguaglianza e solidarietà»²⁸⁴.

Viene tracciato quindi «un programma socio-pedagogico che impone a tutte le organizzazioni comunitarie e a tutte le agenzie formative istituzionali e non, una revisione di programmi e metodologie nell'ambito delle pressioni educative»²⁸⁵.

²⁸⁰ Art 2; «[...] senza distinzione di sorta e a prescindere da ogni considerazione di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o altra del fanciullo o dei suoi genitori [...]

²⁸¹ Art. 3; «In tutte le decisioni relative ai fanciulli [...] l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente. Gli Stati parti si impegnano ad assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere [...]

²⁸² Art. 6; «Gli Stati parti riconoscono che ogni fanciullo ha un diritto inerente alla vita. Gli Stati parti assicurano in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo del fanciullo».

²⁸³ Art. 12; «Gli Stati garantiscono al fanciullo capace di discernere il diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni [...]

²⁸⁴ Preambolo CRC

²⁸⁵ C. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.132

3.2 Convenzione di Stoccolma

Il 31 agosto 1996 i governi di 119 paesi sottoscrivono la Dichiarazione della Conferenza di Stoccolma tesa a combattere e reprimere ogni forma di abuso sessuale nei confronti di minori.

I Governi firmatari devono operare e cooperare contro lo sfruttamento sessuale dei bambini per finalità commerciali; affiora l'esigenza di una forte alleanza tra i Governi e le organizzazioni internazionali al fine di combattere tali pratiche deplorevoli.

L'impegno assunto dalla Conferenza è proprio quello di garantire a ciascun bambino il pieno rispetto dei suoi diritti attraverso un'azione partecipata da parte dei Governi firmatari. Per assecondare del tutto tali scopi gli sforzi degli Stati devono necessariamente protendere al potenziamento dell'apparato normativo con l'attuazione di programmi mirati a sensibilizzare e istruire la società civile.

Segnatamente, tale convenzione assurge, quindi, a vera e propria norma di riferimento contro lo sfruttamento sessuale minorile, sottolineando, altresì, la necessità di coordinamento e cooperazione tra gli Stati al fine di attuare nel migliore dei modi “prevenzione, protezione, recupero e reintegrazione del bambino abusato e sfruttato”.

Parte fondamentale e centrale del documento è il “Programma d'azione” che sottolinea gli impegni internazionali esistenti, individua le priorità di intervento e contribuisce all'applicazione di misure internazionali.

Il documento si articola in cinque sezioni:

- I. Coordinamento e collaborazione: sono due condizioni basilari affinché i firmatari riescano a conseguire le finalità predisposte dal documento e possano così; “promuovere urgentemente l'attuazione di meccanismi

di controllo o di punti d'informazione centrali a livello nazionale e locale»²⁸⁶.

- II. Prevenzione: primariamente è bene concentrarsi soprattutto nel campo della formazione e informazione, le quali devono essere rivolte sia ai minori che agli adulti. Ma anche tramite un rinnovato impegno legislativo atto a debellare o quantomeno a ridurre i rischi connessi allo sfruttamento sessuale dei fanciulli²⁸⁷.
- III. Tutela: esso è il punto focale cui mira la Convenzione; da perseguire attraverso l'elaborazione ed il potenziamento dell'arsenale normativo, anche e soprattutto per stabilire la responsabilità penale di tutti i soggetti coinvolti in tali misfatti.
- IV. Recupero e reinserimento: attraverso azioni *ad hoc* che siano rivolte alle vittime, ma anche agli autori del reato; per entrambi quindi saranno previste misure di sostegno medico e sociale, tese da un lato alla soppressione delle conseguenze negative che l'illecito ha cagionato nella psiche del minore e dall'altro a cercare di creare una morale e/o un comportamento diverso.
- V. Partecipazione dei bambini: si vuole coinvolgere i minori alla tutela dei loro stessi diritti, al reinserimento sociale delle vittime e “secondo il loro grado di maturità, ai processi di elaborazione e di applicazione dei programmi governativi che li riguardano”.

²⁸⁶ Sul punto la Dichiarazione aggiunge: «[...] affinché entro l'anno 2000 si possa disporre di banche dati sui bambini a rischio sfruttamento sessuale, così come sugli sfruttatori, integrandole con i dati relativi ad età, sesso, etnia, *status* e circostanze che potrebbero favorire la diffusione del fenomeno»

²⁸⁷ A tal uopo risulta preminente l'utilizzo dei media, al fine di «individuare coloro che sono coinvolti per raggiungerli tramite l'informazione e l'educazione e campagne mirate alla promozione di nuovi comportamenti per combattere il traffico»

L'impegno profuso dai 119 paesi firmatari, riguardo la lotta ad ogni forma di abuso sessuale minorile, è senz'altro degno di apprezzamento. In particolare, sono da sottolineare, le modalità attraverso le quali si intendono conseguire le finalità tratteggiate dal Documento; è possibile, infatti, raggiungere quanto prefissato solo mediante una stretta collaborazione fra gli Stati e le organizzazioni internazionali che si sostanzierà in varie attività di monitoraggio, cooperazione, coordinamento e assistenza, per poter più adeguatamente contrastare il commercio e lo sfruttamento sessuale sui minori.

3.3 L'impegno italiano – la legge del 1996 e del 1998

Ancor prima di soffermare l'attenzione sulle due leggi *ad hoc*, riguardo la tutela dei minori, è bene far presente che una prima forma di protezione nei confronti di tali soggetti la si può scorgere, alcune volte anche grazie ad un'interpretazione elastica, nella Carta Costituzionale.

La Costituzione italiana, invero, considera il minore come vero e proprio soggetto di diritti, un «cittadino in formazione»²⁸⁸. Tra i diritti che vengono riconosciuti esplicitamente dalla Costituzione vi sono:

- Art. 2; riconosce e garantisce i diritti dell'uomo in quanto tale, riferendosi senz'altro anche al minore, poiché, tale articolo, trova applicazione a prescindere dall'età²⁸⁹.
- Art. 3; attribuisce al minore il diritto all'eguaglianza dinnanzi alla legge, nonché il diritto a potersi formare nel modo più armonioso e completo possibile²⁹⁰.

²⁸⁸ In Riv. it. giur. «L'altro diritto»; «*tale riconoscimento è importante perché in assenza di uno statuto dei diritti del minore è proprio la carta costituzionale ad assicurare l'aderenza della tutela giuridica alle sempre mutevoli necessità di vita, riconoscendo il generale principio del "favor minoris" nel progetto di promozione e tutela dei diritti del minore*».

²⁸⁹ Art. 2 Cost.; «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità [...]*»

²⁹⁰ Art. 3 Cost.; «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che,*

- Art. 30; riconosce il diritto e il dovere in capo ai genitori di mantenere, istruire ed educare i figli²⁹¹.
- Art. 31; stabilisce il principio secondo il quale la Repubblica si impegna a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù²⁹².
- Art. 34; afferma l'importanza dell'istruzione per la piena formazione della personalità umana²⁹³.

Tali disposizioni costituiscono un valido punto di partenza volto ad orientare lo spirito delle leggi successive, che da queste traggono ispirazione.

La legge n. 66 del 1996, recante “Norme contro la violenza sessuale”, ha avuto il merito di realizzare un profondo cambiamento nella materia dei reati sessuali; di fatti «ha sostituito i reati di violenza carnale²⁹⁴, quello di atti di libidine violenta²⁹⁵

limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana[...]».

²⁹¹ Art. 30 Cost.; «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti [...]». L'obbligo di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli lo si può ritrovare altresì in diverse disposizioni del codice civile, ad esempio; art. 147 «Il matrimonio impone ad ambe due i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare i figli, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni[...]»; art. 151 «La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole[...]»

²⁹² Art. 31 Cost.; «La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e [...]. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

²⁹³ Art. 34 Cost.; «La scuola è aperta a tutti. L'istruzione inferiore [...] è obbligatoria e gratuita [...]».

²⁹⁴ Art. 519; «Chiunque con violenza o minaccia, costringe talune a congiunzione carnale è punito [...]. Alla stessa pena soggiace chi si congiunge carnalmente con persona la quale al momento del fatto: -non ha compiuto gli anni quattordici; non ha compiuto gli anni sedici quando il colpevole ne è l'ascendente o il tutore [...]; è malata di mente, ovvero non è in grado di resistergli a cagione delle proprie condizioni[...]; è stata tratta in inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona»

²⁹⁵ Art. 521; «Chiunque, usando dei mezzi o valendosi delle condizioni indicate nei due articoli precedenti, commette su taluno atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale[...].

e la congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale²⁹⁶ con la fattispecie unica di “violenza sessuale”»²⁹⁷.

Per merito di tale legge è stata disposta l’abrogazione integrale della disciplina precedente «e si è delineata una fattispecie *ad hoc* intitolata “Atti sessuali con minorenni”»²⁹⁸. Furono, quindi, aggiunti diversi articoli;

- 609 bis: Violenza sessuale
- 609 ter: Circostanze aggravanti (in riferimento alla violenza sessuale)
- 609 quater: Atti sessuali con minorenni
- 609 quinquies: Corruzione di minorenni
- 609 sexies: Ignoranza dell’età della persona offesa
- 609 septies: Querela di parte
- 609 nonies: Pene accessorie ed altri effetti penali
- 609 decies: Comunicazione al tribunale per i minorenni

Il legislatore ha voluto, così facendo, ampliare la tutela nei confronti di quei fatti che ledono l’incolumità psicofisica dei minori, collocando, altresì, il reato di

²⁹⁶ Art. 520; «*Il pubblico ufficiale, che si congiunge carnalmente con una persona arrestata o detenuta, di cui ha la custodia per ragione del suo ufficio, ovvero con persona che è a lui affidata in esecuzione di un provvedimento dell’Autorità competente, è punito[...]»*

²⁹⁷ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p. 140

²⁹⁸ In Riv. it. giur. “L’altro diritto”; il senso ultimo di tale norma è quello di distinguere i casi in cui il minore abbia prestato il proprio consenso da quelli in cui vi è stata vera e propria costrizione.

violenza sessuale fra i delitti contro la libertà personale, invece che tra quelli contro la moralità pubblica ed il buon costume. Tale cambiamento è un classico esempio di come non solo, a volte, è la legge a sferzare i contorni della morale, ma talaltre è proprio la stessa morale a “farsi” legge (e a ridefinirne i tratti).

Dopo aver tratteggiato i caratteri preminenti del *novum* normativo, è bene soffermarsi su cosa si intenda, effettivamente, per “violenza sessuale”; infatti, la condotta tipica di violenza sessuale, ai sensi dell’art. 609 bis, si realizza allorquando un soggetto “costringe taluno a compiere o subire atti sessuali”.

«In questo contesto, la giurisprudenza ha avuto un ruolo fondamentale: interpretare i diversi modi in cui i reati sessuali possono concretizzarsi e sussumerli all’interno delle fattispecie interpretative previste dal legislatore»²⁹⁹.

Nei venti anni di vigenza delle nuove norme in materia di diritto penale sessuale, «il concetto di “atto sessuale” è stato uno dei profili più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza»³⁰⁰. Le due teorie che al riguardo si sono alternate sono rispettivamente la teoria “oggettivo-anatomica” e la teoria “oggettivo-contestuale”. Secondo il primo assunto, a rilevare penalisticamente, è la zona del corpo attinta dalla “violenza” perpetrata; ne costituisce il fulcro la c.d. “zona erogena”. Mentre la seconda concezione pone l’accento principalmente sul contesto e le varie circostanze nelle quali l’atto viene commesso.

Inizialmente la giurisprudenza sembrava più accostarsi alla prospettiva “oggettivo-anatomica”, ma le difficoltà incontrate dalle corti penali, ed in *primis* dalla Cassazione, a far rientrare nell’alveo di tale concetto (di atto sessuale) determinate condotte, non propriamente riconducibili alla nozione di “zona erogena”, hanno spinto la Corte a varare un pensiero “misto”, per far rientrate

²⁹⁹ In sito giur. “Altalex”; «Il compito attribuito ai giudici in siffatte ipotesi diventa più che mai difficile, posto che molte volte il loro operato è stato e continua ad essere oggetto di critiche, soprattutto da parte dell’opinione pubblica, la quale viene a conoscenza delle decisioni, soprattutto attraverso quanto viene riportato (spesso in maniera distorta) dai mezzi di informazione»

³⁰⁰ In Riv. giur. “Diritto penale contemporaneo”; «Svariate sono state le opzioni esegetiche proposte in dottrina, nell’ambito delle quali maggiormente accolta è stata senz’altro quella oggettivo-anatomica (Cadoppi, *Commento art. 609 bis c.p.*, Padova, 2006, p. 458), seguita dalla teoria oggettivo-contestuale (Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2000)»

tutte quelle ipotesi nelle quali altrimenti sarebbe stato problematico pervenire ad una qualificazione di “atto sessuale”³⁰¹.

Conseguentemente, affinché si possa parlare di “violenza sessuale”, non è necessario che siano oltraggiate zone del corpo particolarmente “sensibili”, come le zone genitali o erogene in senso lato, ma potranno ben rilevare anche circostanze extracorporee, appunto, “contestuali”.

A tal uopo possono essere d’ausilio talune pronunce giurisprudenziali: *“non possono qualificarsi, pertanto, come atti sessuali tutti quegli atti i quali, pur essendo espressivi di concupiscenza sessuale, siano però inidonei (come nel caso dell’esibizionismo, del feticismo, dell’autoerotismo praticato in presenza di altri costretti ad assistervi o del voyerismo) ad intaccare la sfera della sessualità fisica della vittima, comportando essi soltanto offesa alla libertà morale di quest’ultima o (ricorrendone i presupposti) al sentimento pubblico del pudore”* (Cass., 3 novembre, n. 2917 del 1999); altresì: *“anche i palpeggiamenti ed i tocamenti possono costituire un’indebita intrusione nella sfera sessuale ed il riferimento al sesso non deve limitarsi alla zone genitali, ma comprende pure quelle ritenute erogene dalla scienza medica, psicologica, antropologico-sociologica”,* aggiungendo inoltre che *“non basta dunque, talvolta, il solo riferimento alle parti anatomiche aggredite dal soggetto attivo e/o al grado di intensità fisica del contatto instaurato, non potendo trascurarsi la valenza significativa dell’intero contesto in cui il contatto si realizza e la complessa dinamica intersoggettiva che si sviluppa in una situazione che, oltretutto, è connotata da fattori coartanti. Più aderente alla logica dell’apprezzamento penalistico va considerato, conseguentemente, un approccio interpretativo di tipo sintetico, volto, cioè a desumere il significato della violenza sessuale da una valutazione complessiva di tutta la vicenda sottoposta a giudizio”* (Cass., n. 12446 del 2000).

Segnatamente, la linea che divide un abbraccio vigoroso da un atto sessuale può essere facilmente trascesa se si considera il contesto nella sua globalità.

³⁰¹ Cass. n. 10248 del 2014; Tale sentenza è l’emblema di quanto poc’anzi affermato; infatti, scioglie il nodo problematico della determinazione del confine inferiore degli atti sessuali (ad es. abbraccio vigoroso), che presenterebbe criticità ermeneutiche utilizzando il solo parametro “oggettivo-anatomico”.

Ad integrare le disposizioni di cui alla legge n. 66 del 1996 è la successiva legge n. 269 del 1998, recante “Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù”³⁰². Secondo il titolo della legge, lo sfruttamento della prostituzione, del turismo sessuale e della pornografia, sono considerate come “nuove forme di riduzione in schiavitù”; infatti, a ben vedere, le nuove norme (artt. 600 bis e seguenti) sono sistematicamente collocati immediatamente dopo l’art. 600, che contempla il delitto di “riduzione in schiavitù”. Tale legge, «indica l’intento del legislatore di conferire autonomia ad una condotta criminosa di evidente allarme sociale, distintamente dalla legge Merlin³⁰³»³⁰⁴.

Essa (la legge 269/1998) ha introdotto nel codice penale gli articoli:

- 600 bis: Prostituzione minorile³⁰⁵
- 600 ter: Pornografia minorile³⁰⁶
- 600 quater: Detenzione di materiale pornografico³⁰⁷
- 600 quinquies: iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile³⁰⁸

³⁰² Chiamata informalmente anche “legge anti-pedofilia”

³⁰³ Legge n. 75 del 1958; in particolare tale legge punisce l’induzione il reclutamento, il favoreggiamento e lo sfruttamento della prostituzione, con riferimento “alla donna in età maggiore”

³⁰⁴ L. Cortellessa, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.93

³⁰⁵ «È punito [...] chiunque: a) recluta o induce alla prostituzione una persona minore degli anni 18; b) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni 18, ovvero altrimenti ne trae profitto [...]»

³⁰⁶ «È punito [...] chiunque: a) utilizzi minori di anni 18, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; b) recluta o induce minori di anni 18 a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero ne trae altrimenti profitto[...].»

³⁰⁷ «Chiunque consapevolmente si procura o detiene materiale pornografico realizzando utilizzando minori degli anni 18 è punito[...].»

³⁰⁸ «Chiunque organizza o propaganda viaggi finalizzati alla fruizione di attività di prostituzione minorile è punito[...].»

Tali norme non indirizzano la volontà repressiva dello Stato nei confronti del minore che si prostituisce o che comunque partecipa a esibizioni o spettacoli sessuali; ciò perché il minore è la vittima delle azioni delinquenziali dell'agente, che, appunto, lo "sfrutta". Il minore, quindi è allo stesso tempo oggetto e vittima del reato. Indurre un minore alla prostituzione (in senso lato) non significa infierire su una manifestazione della sua libertà, ma si riversa in una vera privazione del suo stesso stato di libertà, mortificandone totalmente la personalità.

La legge del '98³⁰⁹ si propone, dunque, di combattere qualsivoglia modalità di sfruttamento sessuale del minore, attraverso un ventaglio di norme *ad hoc* dirette alla repressione di tali, usando un eufemismo, non commendevoli business.

Da quanto appena tratteggiato, seppur in maniera non approfondita, è possibile intuire il disegno che fa da sfondo all'attività legislativa del legislatore; considerare il minore non solo come oggetto di tutela ma bensì come soggetto di diritti, prevedere un certo numero di norme ad ampio respiro che possano abbracciare varie sfumature delinquenziali, alle quali si aggiunge un risposta repressiva particolarmente severa.

Con il passare degli anni la sensibilità dell'opinione pubblica verso siffatte condotte è andata accentuandosi, come, d'altronde, l'interesse verso tale argomento; questo fa ben sperare per il futuro.

3.4 La normativa codicistica (609 ter e 609 quater)

Come abbiamo avuto modo di vedere nel paragrafo precedente, alcune fra le novità meglio accolte, proposte dalla legge 66 del 1996, sono state l'introduzione degli articoli 609 *ter* e 609 *quater* del codice penale, i quali, rispettivamente, recano "circostanze aggravanti" e "atti sessuali con minorenne".

³⁰⁹ Per completezza di trattazione, è opportuno precisare che (tale legge) è stata aggiornata dalla legge n. 38 del 2006; le principali novità hanno riguardato soprattutto il rigore sanzionatorio delle pene, ampliamento di talune definizioni e ambiti applicativi, nonché l'introduzione di nuove pene accessorie.

Nello specifico, l'articolo 609 ter c.p. fa diretto riferimento al sopracitato (§3.3) 609 bis –violenza sessuale- contemplando, appunto, alcune circostanze aggravanti per il caso in cui la violenza, la minaccia o l'abuso di autorità, mediante il quale l'agente costringe taluno a “compiere o subire atti sessuali”, siano commessi a danno di minori³¹⁰.

Segnatamente, se la violenza sessuale è perpetrata nei confronti di “*persona che non ha ancora compiuto gli anni quattordici*” o comunque “*nei confronti di persona che non ha ancora compiuto gli anni diciotto della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo o il tutore*”, tale condotta comporterà un inasprimento di pena pari a 1/5 rispetto alla sanzione prevista dall'articolo precedente (da 5 a 10 anni). La *ratio* di tale previsione è agevolmente comprensibile; il Legislatore aspira a infondere una tutela più marcata quando i fatti di violenza sessuale siano commessi ai danni di soggetti che, per via delle proprie qualità psicofisiche (legate all'im maturità propria del minore) e/o del rapporto che intercorre fra reo e vittima, sono maggiormente inclini a “cedere” all'abuso, risultando, pertanto, più vulnerabili.

L'articolo in questione, tuttavia, dispone un ulteriore aggravio punitivo: “*la pena è della reclusione da 7 a 14 anni se il fatto è commesso ai danni di persona che non ha compiuto gli anni dieci*”. La norma punisce, più gravemente, le condotte pedofiliche in senso stretto; il legislatore, a ragione, tollera ancor meno chi abusa di un bambino (di età inferiore ai dieci anni), poiché esso, rispetto ad un adolescente, si dimostrerà più fragile, più indifeso, più inerme.

³¹⁰ L'art. 609 ter prevede degli inasprimenti di pena se i fatti di violenza previsti dal 609 bis siano compiuti altresì: “con uso di armi o di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa”; “da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio”; su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale”; “all'interno o nelle vicinanze di istituto di istruzione o formazione frequentato dalla persona offesa”; “nei confronti di donna in stato di gravidanza”; nei confronti del coniuge, anche separato o divorziato, o comunque da persona cui il colpevole ha una relazione affettiva, anche senza convivenza”. Cfr. in tal senso; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, Roma, 2008, pp. 188 ss.; S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997; L. Luzzatto, *Minori abusati, adulti abusanti*, in *Minorigiustizia*, 2002, pp. 191 ss.; F. Furlotti, *Riflessioni sulle disposizioni previste dall'art. 609 quater codice penale*, in *L'Indice penale*, 2004, pp. 1143 ss.

Una domanda sorge spontanea: essendo offesi dei minori, i genitori delle vittime ricoprono a tal uopo una posizione di garanzia?

A tale quesito, senz'altro, bisogna rispondere affermativamente, ma sono necessarie talune precisazioni.

Perché l'omissione dei genitori, non impeditiva del reato commesso a danno del figlio minore, sia assimilata all'azione causale, «necessita *in primis* che i garanti siano edotti del reato materialmente commesso da altri»³¹¹ ed altresì che effettivamente gli sia possibile attivarsi per impedire l'evento; quindi, come da regola generale, affinché si possa concludere per la responsabilità dei genitori *ex art. 40 capoverso c.p.*, è necessario che essi abbiano potuto “prevedere” e “prevenire” l'evento, in caso contrario alcun spiraglio di responsabilità sarà riconoscibile.

Per quanto riguarda il reato successivo; il 609 quater c.p. (atti sessuali su minorenne), sanziona con la pena di cui all'art. 609 bis (da 5 a 10 anni) per “chiunque, al di fuori delle ipotesi prevista in detto articolo (609 bis), compie atti sessuali con persona che al momento del fatto:

- non ha compiuto gli anni quattordici;
- non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza”.

³¹¹ Cass., Sent. n. 18028 del 2007; «i genitori rivestono una posizione di garanzia nei confronti dei figli minori tuttavia, perché l'omissione dei primi, non impeditiva del reato commesso ai danni dei secondi sia equiparata all'azione causale, necessita *in primis* che i garanti siano edotti del reato materialmente commesso da altri. La conoscenza della situazione di pericolo, però, non è sufficiente per concludere circa la responsabilità dei genitori ai sensi dell'articolo 40, comma 2. È infatti indispensabile che essi siano in condizione di attivarsi per inibire l'evento, cioè, conoscano qual è l'azione doverosa da compiere e quali siano i mezzi necessari per il raggiungimento del fine. L'indagine sul punto deve tenere conto della capacità dei genitori (soprattutto qualora siano accertati loro disturbi mentali) di accudire i figli nelle loro necessità elementari e non può prescindere da un'approfondita analisi per verificare se le eventuali modalità di attivazione siano state tempestive ed idonee, in rapporto non alla reale situazione di pericolo dei minori ma alla effettiva conoscenza della stessa da parte dei genitori».

Tale fattispecie è «configurabile in assenza di ogni pressione coercitiva, quando il minore è oggettivamente consenziente agli atti sessuali commessi»³¹², ed è a forma libera; cioè, comprende tutte le possibili forme di aggressione al minore (con esclusione dei fatti di costrizione *ex* 609 bis).

La norma in questione sancisce esplicitamente la soglia di età (il quattordicesimo anno) per delimitare il confine penale tra lecito ed illecito nel compimento di atti sessuali consensuali (salva l'ipotesi in cui la vittima non avesse ancora compiuto sedici anni di età ricorrendo uno dei rapporti elencati dalla norma al n. 2). Di conseguenza si possono trarre le seguenti conclusioni: se il minore ultraquattordicenne è consenziente, l'atto sessuale sarà lecito; tuttavia, «il nostro ordinamento giuridico prevede una categoria di “intoccabili” dal punto di vista sessuale [appunto, il minore di anni quattordici], in riferimento a cui vi è l'obbligo di astenersi da qualsiasi contatto, anche se frutto di consenso»³¹³. «Il diritto alla libertà sessuale presenta un duplice contenuto: diritto definibile in “positivo”, il diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali, e, “in negativo”, come diritto di pretendere che altri non aggredisca il proprio corpo per farne oggetto di manifestazione di libidine»³¹⁴; al minore di quattordici anni o di sedici, se intercorre tra i soggetti un certo legame, quindi, viene limitato il diritto “positivo”, in quanto non riconosciuto in grado di determinare compiutamente le proprie qualità e facoltà sessuali.

Ed ecco spiegata la clausola di esclusione della colpevolezza che il legislatore ha previsto al terzo comma dello stesso 609 quater; *“non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minore che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni”*. Con tale disposizione il legislatore ha ritenuto non rimproverabile, nemmeno astrattamente, comportamenti libidinosi tra coetanei (consenzienti), entrambi minorenni, purchè, la differenza di età fra i due non sia superiore agli anni tre; scelta apprezzabile, in quanto sarebbe risultata,

³¹² In Riv. giur. “OverLex”

³¹³ E. Santoro, In Riv. giur. “L'altro diritto”

³¹⁴ F. Lemme, voce *Libertà sessuale*, Torino, 1984, p. 555

quantomeno, scriteriata una compressione totale del diritto “positivo” alla libertà sessuale dell’infraquattordicenne (ma non infratredicenne).

Il bene giuridico tutelato dalla norma sembra essere riconducibile al diritto alla libertà e all’intangibilità sessuale³¹⁵.

È, però, necessaria una considerazione: rispetto alla fattispecie degli atti sessuali con l’infraquattordicenne l’oggetto giuridico va individuato nella sola “intangibilità sessuale”³¹⁶; mentre, di converso, in riferimento alla disposizione di cui il n.2 del primo comma (609 quater), quindi, rispetto agli atti sessuali con l’infrasedicenne, l’oggetto giuridico non sarà l’asserita “intangibilità sessuale”, bensì la “libertà sessuale”³¹⁷.

Per quanto concerne l’elemento soggettivo, trattandosi di un reato a dolo generico, si presuppone che il soggetto abbia la coscienza e volontà di compiere atti sessuali; «il dolo del reato del n. 1 prescinde dalla consapevolezza dell’età infraquattordicenne della vittima, essendone irrilevante l’ignoranza [ex art. 609 sexies c.p.]³¹⁸»³¹⁹; mentre «il dolo del reato del n. 2 richiede, invece, la conoscenza da parte dell’agente sia dell’età infrasedicenne della vittima, sia della propria qualifica di ascendente, genitore, ecc., trattandosi di reato proprio esclusivo, onde la scusabilità dei rispettivi errori»³²⁰.

Infine, è doveroso soggiungere che l’art. 609 quater, all’ultimo comma, prevede una circostanza aggravante, secondo cui “*si applica la pena di cui all’articolo 609 ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli anni dieci [reclusione da 7 a 14 anni]*”. La *ratio* di tale disposizione è la medesima del sopracitato articolo 609 ter (repressione di condotte pedofile in senso stretto);

³¹⁵ S. Moccia, Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio di sciatteria legislativa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997

³¹⁶ A. Pecoraro, voce Atti di libidine violenta, in *Enc. Dir.*, 1959

³¹⁷ S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale: un esempio di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997

³¹⁸ Tale articolo dispone: «*Quando i delitti previsti negli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 octies e 609 undecies sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all’articolo 609 quinquies, il colpevole non può invocare a propria scusa l’ignoranza dell’età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*»

³¹⁹ V. Veneziani, Commento all’art. 5 l. 269/98, in AA.VV., *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, Padova, 1999, p.425

³²⁰ In *Riv. giur. “L’altro diritto”*, E. Santoro

l'aggravio sanzionatorio è indefettibilmente legato alle qualità psicofisiche del minore degli anni dieci (che di conseguenza lo renderanno ben più vulnerabile di un soggetto adulto o comunque di età maggiore).

Al terzo comma dell'articolo 609 quater è prevista altresì un'attenuante; “*nei casi di minore gravità*”.

3.5 Altre fattispecie a tutela del minore

Come poc'anzi tratteggiato, le fattispecie poste dal legislatore *ad hoc* per la tutela dei minori nei confronti di abusi di natura sessuale perpetrati nei loro confronti sono gli articoli 609 *ter* e 609 *quater* del codice penale. Però ad essi, per completezza, è bene aggiungere anche altre disposizioni che tutelano (seppur per fatti differenti) i minori: in particolare gli artt. 609 *quinqies*, 609 *sexies*, 600 *bis* e 600 *ter* del codice penale, ossia, la corruzione di minorenni, l'ignoranza dell'età della persona offesa, la prostituzione minorile e la pornografia minorile.

Il reato di corruzione di minorenni (609 *quinqies*³²¹) è stato radicalmente modificato rispetto al passato (nel quale figurava all'interno dell'articolo 530 del c.p.³²²). La nuova ipotesi «risulta assai limitata rispetto all'abrogato articolo 530 c.p. poiché larga parte dei contenuti di quest'ultimo appare trasferita negli artt. 609 *bis* e 609 *quater* del codice penale»³²³: infatti, la nuova ipotesi contempla solamente la circostanza in cui “*chiunque compie atti sessuali in presenza di persona minore degli anni quattordici, al fine di farla assistere*”³²⁴.

³²¹ Articolo inserito ex l. n. 66 del 1996

³²² L'ipotesi di reato nel vecchio testo prevedeva due differenti situazioni: la vicenda di colui che «fuori dai casi previsti dagli artt. 519, 520 e 521 del codice penale (atti di libidine violenti e violenza carnale) commette atti di libidine su persona o in presenza di persona minore degli anni sedici» ed il fatto di chi «induce persona minore degli anni sedici a commettere atti di libidine su se stesso, sulla persona del colpevole o su altri»; cfr. F. Coppi, *Osservazioni sulla corruzione di minorenni e reati di pericolo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1971

³²³ F. Antolinsei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., p.191

³²⁴ L'articolo 609 *quinqies* nei commi successivi prosegue: «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chiunque fa assistere una persona minore di anni quattordici al compimento di atti sessuali, ovvero, mostra alle medesime materiale*

Altra differenza fra le due fattispecie è individuabile nell'età minima della persona offesa; nell'abrogato 530 c.p. si faceva riferimento a gli atti di libidine commessi “*in presenza di persona minore degli anni sedici*”³²⁵, mentre oggi si ha riguardo solamente a minori degli anni quattordici.

Il soggetto attivo di tale ipotesi criminosa è «chiunque», si tratta, dunque di un reato comune. Sicché anche un minore, se imputabile, potrebbe essere punito; tesi senz'altro condivisibile, a fortiori, se si considera il fatto che il legislatore non ha inserito una causa di non punibilità analoga a quella di cui all'art. 609 *quater*, comma 3 («non è punibile il minore che, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 609 *bis*, compia atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i due soggetti non sia superiore ai tre anni»).

La persona offesa, invece, non è più il minore degli anni sedici, ma bensì, il minore degli anni quattordici: il quale è presente o assiste ad atti sessuali (posti in essere perché il minore vi assista).

Per quanto riguarda la condotta, essa consiste nel compiere atti sessuali, su se stesso, su altra persona o con altra persona (diversa dal minore), in presenza del minore, il quale deve limitarsi ad assistere agli atti in questione, senza partecipazione alcuna, in quanto ricorrerebbero, altrimenti, altri reati sessuali³²⁶.

Mentre l'elemento soggettivo, dovrebbe consistere in un dolo specifico, nel quale il finalismo della condotta è teso verso il fare assistere il minore agli atti sessuali posti in essere dall'agente (“*al fine di farla assistere*” [la persona minore]).

pornografico, al fine di indurla a compiere o a subire atti sessuali», ed infine, al terzo comma, «*la pena è aumentata fino alla metà quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero, altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di stabile convivenza*».

³²⁵ Tale articolo non fu immune da contrasti interpretazionali: parte della giurisprudenza, infatti, riteneva che al fine della punibilità della condotta fosse necessario che il minore avesse sicura percezione dei fatti (Cass. 22 gennaio 1985, in *Giust. pen.*, 1985); viceversa, altra frangia sosteneva che tale condotta potesse essere penalmente rilevante altresì nel caso in cui il minore fosse dormiente, in considerazione del fatto di un possibile risveglio (Cass. 11 aprile, 1969, in *Giust. pen.* 1970)

³²⁶ Cfr. sul punto, F. Mantovani, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo c.p.*, in *Rivista italiana*, 1997, p.324

Il bene giuridico tutelato «va individuato non nella libertà, ma nell'intangibilità sessuale, a salvaguardia del normale e graduale processo di maturazione, anche sessuale, del minore. Pur se, a differenza del reato di atti sessuali con minorenne, tale oggettività giuridica viene qui in considerazione sotto il profilo dell'intangibilità soltanto psichica e non anche fisica»³²⁷.

Altra fattispecie che deve essere necessariamente riportata è quella di cui all'articolo 609 *sexies*, la quale dispone: «quando i delitti previsti negli articoli 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *octies* e 609 *undecies* sono commessi in danno di un minore degli anni diciotto, e quando è commesso il delitto di cui all'articolo 609 *quinquies*, il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile».

Sicché, il colpevole dei fatti riportati nella norma oggetto di trattazione non potrà invocare a propria discolta l'ignoranza dell'età della persona offesa. Essa è una vera e propria «presunzione *iuris et de iure*, in deroga alla norma generale contenuta nell'articolo 47³²⁸ del codice dettata dalla necessità di impedire elusioni nella repressione di fatti che la coscienza sociale considera di particolare gravità»³²⁹.

Non potrebbe quindi «il colpevole, addurre di essere stato tratto in inganno dall'inconsueto sviluppo fisico della vittima»³³⁰.

L'articolo 600 *bis*, invece, mira a reprimere lo sfruttamento della prostituzione minorile e altre condotte (induzione, favoreggiamento, gestione...) ruotanti attorno alla prostituzione dei minori di anni diciotto. Tale fattispecie punisce: «chiunque, recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto», ovvero, chiunque «favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto, ovvero altrimenti ne trae profitto».

³²⁷ E. Santoro, in *Riv. giur. L'altro diritto*.

³²⁸ Secondo il quale: «l'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo»

³²⁹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, cit., p.195

³³⁰ Così Cass. 15 aprile 1985, in *Giust. pen.*)

Il bene giuridico tutelato è inquadrabile nella «tutela dei fanciulli contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale a salvaguardia del loro sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale»³³¹.

Il soggetto attivo autore del reato può essere “chiunque”, si tratta, dunque, di un reato comune. A rispondere del reato, altresì, ai sensi del secondo comma, può essere anche «*chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi*», quindi non solo colui che si approfitta e gestisce la prostituzione, ma anche i “clienti” della vittima³³².

Infine, ultima disposizione a tutela dei minori oggetto di trattazione è la fattispecie di cui all’articolo 600 *ter*³³³ del codice penale, recante: “pornografia minorile”.

Tale norma punisce chiunque:

- utilizzando minori degli anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico;
- recluta o induce minori degli anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto.

³³¹ F. Izzo, *Norme contra la pedofilia. Commento alla legge 3 agosto 1998, n. 269*, Napoli, 1998, p.17

³³² Sempre che il fatto non costituisca più grave reato.

³³³ Ai sensi dell’art. 600 *ter*: « È punito [...] chiunque, utilizzando minori di anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; recluta o induce minori di anni diciotto a partecipare a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero dai suddetti spettacoli trae altrimenti profitto; Alla stessa pena soggiace chi fa commercio del materiale pornografico di cui al primo comma; Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui al primo e al secondo comma, con qualsiasi mezzo, anche per via telematica, distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza il materiale pornografico di cui al primo comma, ovvero distribuisce o divulga informazioni finalizzate all’adescamento o allo sfruttamento sessuale dei minori degli anni diciotto, è punito [...]; Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito [...]; Nei casi previsti dal terzo e dal quarto comma la pena è aumentata di misura non eccedente i due terzi ove il materiale sia di ingente quantità; Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque assiste a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori degli anni diciotto, è punito [...]; Ai fini del presente articolo per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore degli anni diciotto per scopi sessuali».

La disposizione, però, non prevede e punisce unicamente le condotte di utilizzo o reclutamento, ma altresì, ai commi successivi estende la punibilità anche a coloro i quali commercializzano “*il materiale di cui al primo comma*”³³⁴, ovvero diffondano, pubblicizzino o distribuiscano il suddetto materiale, lo cedano o lo offrano ad altri.

La disposizione prevede anche un’aggravante, connessa alla quantità di materiale posseduto, ceduto, diffuso ecc; infatti, se esso risulta essere “ingente” la pena è aumentata “*in misura non eccedente i due terzi*”³³⁵.

Il soggetto attivo, come nei casi precedentemente esaminati, è “chiunque”, quindi anche in questo caso ci si trova di fronte ad un reato comune. Soggetto attivo del reato, tuttavia, non è solamente chi produce, induce, diffonde ecc il suddetto materiale, ma altresì coloro i quali “*assistono a esibizioni o spettacoli pornografici in cui siano coinvolti minori*”.

Nel 2012 fu inserito un ulteriore comma nell’articolo in questione, il quale specifica espressamente che per pornografia minorile si intende: «*ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore degli anni diciotto per scopi sessuali*».

3.6 Profili comparatistici

La pedofilia è un problema non circoscritto ai soli confini italiani, ma bensì è una preoccupazione internazionale, a maggior ragione considerando la diffusione che ha avuto negli ultimi anni la pratica del turismo sessuale³³⁶. Per far fronte a tale

³³⁴ In riferimento al materiale pedopornografico.

³³⁵ Comma introdotto dalla l. n. 38 del 2006.

³³⁶ Thailandia, Sri Lanka, Filippine, Brasile o i paesi dell’Est, sono diventate tra le mete più accreditate da migliaia di turisti alla ricerca di “avventure” sessuali, con qualsiasi partner, compresi, quindi, anche i bambini. Tali Paesi sono quelli maggiormente martoriati da siffatto

deprecabile fenomeno e per tutelare appieno i minori³³⁷ molti Stati hanno deciso di dedicare particolare attenzione a tali fatti.

3.7 La legislazione in Francia

Una progressiva attenzione viene dedicata al minore, dal punto di vista legislativo, a partire dagli anni Settanta. Infatti, nel corso di questi anni, viene abolito il concetto di *patria potestà*, ad entrambi i genitori sono attribuiti pari diritti e doveri, così come si afferma l'uguaglianza dei figli nati dal o fuori dal matrimonio.

Altresì «viene disposta una legge in grado di assicurare l'attuazione di interventi di prevenzione e di recupero psicosociali a tutela del minore (Legge del 10 luglio 1989). Tale legge prevede, ad esempio, l'istituzione di un ufficio preposto a raccogliere le segnalazioni di casi e a rispondervi tramite un servizio di accoglienza telefonico nazionale pubblico e gratuito, attivato ventiquattro ore su ventiquattro»³³⁸.

L'articolo 375 del codice civile dispone che il giudice debba intervenire d'ufficio se *“la sanità, sicurezza o moralità di un minore non emancipato sono in pericolo, o se le modalità della sua educazione sono gravemente compromesse”*.

Per quanto riguarda la tutela penale dell'infanzia oggetto di violenze sessuali l'art. 222-24 del codice penale francese punisce chi abusa di un minore di quindici anni con una pena detentiva fino a venti anni di reclusione³³⁹. Mentre attraverso la

“turismo del sesso” poiché manca una adeguata tutela legislativa e sociale, specialmente riguardo i minori.

³³⁷ In riferimento a qualsiasi abuso.

³³⁸ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.136

³³⁹ L'articolo 227-28 punisce invece la corruzione di minore, mentre gli artt. 227-23 e 227-24 hanno ad oggetto la divulgazione di materiale pedopornografico.

legge 92/1992 e 645/1994 si è cercato di reprimere svariate pratiche di sfruttamento di minori, nonché, di arginare il fenomeno del turismo sessuale³⁴⁰.

3.8 La legislazione in Spagna

Fin dal 1978 la Costituzione spagnola, «fa esplicito riferimento al dovere da parte dei Pubblici Poteri di provvedere alla tutela sociale e giuridica della famiglia ed, in particolare, dei minori»³⁴¹.

Di primaria importanza è la legge n. 1 del 1996 “Sulla protezione dei minori” la quale tripartisce «l’abuso sessuale³⁴² distinguendo, fra le tipologie di reato, l’aggressione sessuale, l’abuso sessuale e le molestie sessuali»³⁴³.

In tale legge figura, altresì, l’obbligo da parte di chiunque sia a conoscenza di situazioni in cui il minore è esposto a rischi di darne comunicazione alle autorità competenti.

Altra legge posta a tutela dei minori è la l. n. 10 del 1995 con la quale viene stabilito che chiunque attenti alla libertà sessuale di un’altra persona con violenza o intimidazione è punito con la pena della reclusione da 1 anno a 4 anni; la pena è aumentata³⁴⁴ se i fatti sono commessi in presenza di minori, ed è ulteriormente aumentata nel caso tali atti avvengano nei confronti di un minore³⁴⁵.

³⁴⁰ Prevedendo la punibilità di coloro che promuovono e organizzano viaggi all’estero finalizzati a realizzare incontri con minori.

³⁴¹ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.137

³⁴² Per l’aggressione sessuale è prevista una pena da 1 a 4 anni di reclusione; da 6 a 12 se vi è penetrazione o violenza carnale. Mentre per l’abuso sessuale la pena detentiva va dai 12 ai 24 mesi di reclusione.

³⁴³ In Riv. giur. l’Altro diritto, E. Santoro

³⁴⁴ Da 4 anni a 10 anni di reclusione.

³⁴⁵ Altre disposizioni, come gli artt. 181, 183 e 187 tutelano altre forme di abuso sui minori, nonché lo sfruttamento o la pornografia minorile.

3.9 La legislazione in Portogallo

La legislazione portoghese tutela il diritto all'integrità fisica del minore attraverso il ricorso ai seguenti articoli del codice penale:

- art. 136 (infanticidio)
- art. 137 (abbandono di minori)
- art. 152 (maltrattamento fisico e psicologico)

la tutela dei minori vittime di abuso sessuale è invece regolata dal D.L. n. 48 del 1995 ed in particolare tramite l'art. 172, il quale, al suo interno, comprende quasi tutti i reati contro l'autodeterminazione sessuale dei minori di quattordici anni. Infatti, viene punito chi compie atti sessuali con un minore di quattordici anni, chi compie atti osceni in presenza di un minore e chi sfrutti dei minori per la realizzazione di materiale a contenuto pedopornografico.

Disposizione che contraddistingue il codice penale portoghese è collocata all'interno dell'art. 175, ai sensi del quale viene specificamente punito il compimento di atti omosessuali con minori infrasedicenni³⁴⁶.

4. Infermità di mente e malattia

Riprendendo l'argomento riguardo le cause di esclusione dell'imputabilità, temporaneamente messo da parte (§8 e ss. capitolo I), tra esse riveste un ruolo di preminente importanza l'infermità mentale: «l'infermità di mente è regolata dagli

³⁴⁶ Mentre ai sensi dell'art. 176 del codice penale viene punito il favoreggiamento e l'istigazione alla prostituzione minorile, mentre all'art. 177 figurano talune aggravanti: se l'autore del reato è un ascendente o discendente, adottante, tutore o curatore; se il minore è legato all'abusante da un rapporto di dipendenza o gerarchia in ambito lavorativo o d'altro genere; se l'autore è portatore di una malattia sessualmente trasmissibile; se dall'atto consegue una gravidanza, il suicidio o la morte della vittima.

articoli 88³⁴⁷ e 89³⁴⁸ del codice penale, i quali parlano di “vizio di mente”, intendendo con ciò uno stato mentale, derivante da infermità, che esclude o diminuisce la capacità di intendere e di volere»³⁴⁹.

Il concetto di malattia, come *species* del *genus* infermità, è una nozione ondivaga, dai contorni tutt'altro che definiti, per cui sembra conveniente partire dal tratteggiare le caratteristiche del suo opposto, cioè, la “normalità”. Il significato di tale termine (appunto, “normalità”) molto spesso viene dato per scontato, ma così non è; infatti, sia la psichiatria che la psicologia non sono ancora giunti ad una risposta univoca.

Psichiatri e psicologi, infatti, raramente hanno mostrato interesse verso l'uomo “normale”, inteso come ordinario, sano, concentrandosi piuttosto sulle problematiche relative alla diagnostica, al decorso patologico o al trattamento del malato. Ma la difficoltà nel conferire al concetto di normalità un significato ed un'accezione ben circoscritta è sicuramente dovuto anche al fatto che «la linea di demarcazione tra i due ambiti [normalità e malattia] è individuata attraverso un giudizio di valore che tiene conto delle caratteristiche sociali e culturali di una specifica società in uno specifico arco temporale»³⁵⁰.

Però non è di certo mancato chi ha provato a fornire una soluzione definitiva a tale problema, come Offer e Sabshin, psichiatri antesignani, di un apposito settore in campo psichiatrico, la “normatologia”³⁵¹. Essi, si sono sforzati di elaborare

³⁴⁷ Prevede che: “Non è punibile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere”

³⁴⁸ Reca: “Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso, ma la pena è diminuita”

³⁴⁹ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit, p.627; “La parola «mente», che figura nei due articoli citati, ha un significato assai ampio: vi sono compresi non solo tutti i processi intellettivi, dai più elementari ai più complessi (percezione, attenzione, memoria, rappresentazione, giudizio, ecc), ma anche quelli della volontà”.

³⁵⁰ G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico*, Milano, 2006, p.165

³⁵¹ M. Offer, D. Sabshin, *Normality: theoretical and clinical concept of mental health*, New York, 1974

taluni paradigmi attraverso cui determinare in concetto di normalità; in senso biologico, mentale, soggettivo individuale e statistico³⁵².

Tuttavia tali classificazioni non appagano; probabilmente è stato adoperato un metodo troppo riduttivo, da cui sono trapelati i numerosi limiti di tale teoria, la quale, di conseguenza, precipita in una deriva meramente settoriale.

Per cui, quasi con un senso di sconforto, la condizione di normalità di un soggetto viene definita in negativo, semplicemente, come mancanza di una malattia.

Prima di provare a delineare più approfonditamente il concetto di infermità è bene analizzare il dato normativo in riferimento agli articoli 88 e 89 del codice. Essi recano come *nomen juris*, rispettivamente, “vizio totale di mente” e “vizio parziale di mente”; descrivono una particolare condizione soggettiva, al verificarsi della quale, farebbe seguito l’esclusione o una diminuzione dell’imputabilità, e, quindi, della colpevolezza.

Il codice penale parla di “infermità”, «il che sta a significare che il vizio di mente deve essere in conseguenza di una malattia, di uno stato patologico che turba la psiche del soggetto»³⁵³. Non è però richiesta la natura permanente di tale stato: affinché essi possa rilevare è necessario che sussista “al momento in cui” il soggetto ha commesso il fatto e che fra la malattia ed il reato esista un vero e proprio nesso di causalità, nel senso che l’uno sia conseguenza dell’altra.

Oltre al nesso eziologico ed il profilo temporale, in riferimento al vizio di mente, rileva altresì un altro aspetto, cioè la totalità o parzialità dello stesso; infatti, il codice ne distingue diversi gradi.

Come sapientemente affermato: «in base al disposto dell’art. 88, il vizio di mente è totale se l’infermità, di cui il soggetto soffre al momento della commissione del

³⁵² “biologico”: ha riguardo del solo corretto funzionamento dei sistemi e degli organi che assicurano il corretto funzionamento dell’organismo; “mentale”: insieme armonioso e ottimale dei diversi elementi dell’apparato mentale, che culmina in un funzionamento ideale; “soggettivo”: la normalità non viene attribuita da terzi, ma dallo stesso soggetto che si sente normale; “statistico”: fa riferimento al livello medio di funzionamento delle capacità intellettive e volitive dell’individuo.

³⁵³ AA.VV. *Diritto penale parte generale*, cit, p.338

fatto, è tale da escludere del tutto la capacità di intendere e di volere»³⁵⁴; diversamente, è parziale allorquando questa capacità, senza essere esclusa, è “grandemente scemata”, quindi diminuita. In riferimento al vizio parziale «la differenza con col vizio totale di mente non è di tipo qualitativo, bensì quantitativo, investendo non solo un settore della mente (c.d. incapacità settoriale), ma tutta la mente in misura meno intensa rispetto al vizio totale»³⁵⁵.

Inoltre, è bene aggiungere che: «la configurazione del vizio parziale è stata oggetto di vivaci discussioni in sede scientifica e giuridica, sostenendosi da vari autori che è assurdo considerare un individuo in parte sano ed in parte malato; ma l’opinione prevalente, anche nel campo psichiatrico, è favorevole alla ammissibilità di questa forma clinica»³⁵⁶. Il codice penale la riconosce esplicitamente, dandole dignità di autonoma disposizione ed un proprio *nomen juris*, ma, quasi come per cercare un compromesso, limitandola ai casi più gravi. Infatti, ai sensi dell’art. 89 c.p., non basta che la predetta capacità sia solamente diminuita, ma, bensì, è necessario che sia “grandemente scemata”. Deve trattarsi, quindi, di uno stato patologico veramente serio, tale da evitare che possano rientrarvi qualsiasi anomalia caratteriale, le quali, viceversa, non sarebbero soggette ad alcuna diminuzione di pena (come invece previsto dall’art. 89).

Nel caso fosse accertata la presenza di un vizio totale di mente al momento del fatto, il giudice provvede a dichiarare l’imputato prosciolti, disponendo, tuttalpiù, nel caso in cui persista la pericolosità, l’applicazione di una misura di sicurezza³⁵⁷.

³⁵⁴ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale*, cit., p.303; «Ci si è chiesti, con riferimento ai casi in cui la malattia mentale investe solo una parte della personalità, se debba sussistere un rapporto eziologico diretto tra il reato commesso e il settore della mente specificatamente interessato dal disturbo (ad es. mania di persecuzione e l’omicidio del presunto persecutore) o se tale rapporto possa mancare (ad es. mania di persecuzione e furto): l’orientamento dominante propende per la soluzione più favorevole al reo sul presupposto che l’art. 88, considerato nel suo tenore letterale, rapporta l’incapacità alla condizione del soggetto al momento del fatto, e non alla specifico fatto commesso», mentre per Antolisei sarebbe comunque necessario un nesso eziologico, in quanto, altrimenti, «lo stato patologico non influirebbe sull’imputabilità» (Cfr. Antolisei, op. cit., p. 630)

³⁵⁵ Collica, *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. de Vero, p.470

³⁵⁶ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.631; per la tesi contraria v.; Florian, *Trattato*, p.557; Barbos-Marini, *La capacità di intendere e di volere*, p.144; Gemelli, *La responsabilità delle azioni umane dal punto di vista della psicologia e della psichiatria*, p.213.

³⁵⁷ Misura di sicurezza che ai sensi dell’articolo 222 c.p. consiste nel ricovero in un Ospedale psichiatrico giudiziario. Tale istituto però è stato sostituito dalla Legge 81 del 2014, il quale ha,

Nel caso in cui, di converso, fosse accertata la presenza di un vizio parziale di mente, esso non escluderebbe l'imputabilità del reo, ma comporterebbe solamente una diminuzione di pena, in aggiunta alla quale si potrebbe applicare (come sovente capita) la misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e di custodia (art. 219 c.p.³⁵⁸).

In conclusine, cosa si deve dunque intendere per infermità mentale?

Si alternano due correnti di pensiero a tal uopo; una di tipo medico-organicistico, la quale considera l'infermità mentale in senso stretto, ed un altro, di matrice giurisprudenziale, che invece amplia i limiti tracciati del precedente orientamento fornendo una definizione lata di infermità.

Secondo la prima concezione; «l'infermità mentale alla quale fa riferimento il legislatore è solo quella conseguente ad una malattia psichica fondata su basi biologico-somatiche, ossia ad una lesione organica o comunque ad una alterazione mentale di natura organico-cerebrale»³⁵⁹. L'infermità è stata dunque identificata come una malattia che colpisce il cervello; attribuendo rilevanza, quindi, alle sole psicosi che trascendessero le c.d. abnormità psichiche, cioè quelle turbe del carattere che possono al più rientrare nell'alveo di quegli stati emotivi e passionali di cui all'art. 90 c.p.

In seguito, però, si registrò un mutamento della corrente di pensiero, secondo la quale i concetti di "malattia" ed "infermità" non erano più sovrapponibili³⁶⁰, in quanto il secondo vedeva estesi i suoi confini, fino a raggiungere stati afflittivi ben lungi da quelli previsti dalla nosografia scientifica. Di conseguenza, seguendo tale orientamento, ai fini della sussistenza di un vizio di mente non era più necessario il ricondurre quell'affezione ad una vera e propria malattia, bensì,

appunto, sancito la loro chiusura al 31 marzo 2015, in luogo delle REMS (Residenza per l'esecuzione della misura di sicurezza).

³⁵⁸ Il quale dispone: «Il condannato, per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di un'infermità psichica [...] è ricoverato in una casa di cura e di custodia [...]»

³⁵⁹ M. Toriello, *L'autore del reato*, cit.

³⁶⁰ «Con il termine infermità non si intende una malattia, quest'ultima, infatti, è accertabile solamente attraverso esami medici, differentemente l'infermità viene individuata in un insieme di disturbi psichici non di carattere strettamente patologico» (così Fiandaca, Musco, op. cit.)

analizzando il caso concreto, sarebbero potuti rilevare anche “semplici” disturbi della personalità.

Di seguito saranno tratteggiati in maniera più approfondita i contorni di tali orientamenti.

4.1 Il concetto di infermità nella scienza

Come poc’anzi sottolineato, il concetto di infermità è tutt’ora ancora dibattuto; per comprendere del tutto la portata storica del nuovo approdo giurisprudenziale (Sent. Raso) è opportuno volgere lo sguardo ai differenti criteri che si sono fatti strada nella scienza psichiatrica (che hanno ispirato le decisioni degli ultimi anni). Il primo riferimento da analizzare è ascritto al paradigma medico (il più tradizionale e risalente orientamento), come esaustivamente affermato: «questo orientamento seguiva una interpretazione restrittiva del concetto di infermità: ossia si sviluppava attraverso la sintomatologia che l’agente presentava, andando a configurare il disturbo come malattia, pertanto accertabile e documentabile»³⁶¹.

Di conseguenza, le infermità mentali, secondo siffatta corrente di pensiero, altro non sono se non vere e proprie malattie del cervello e/o del sistema nervoso, aventi, quindi, un substrato organico o biologico. Questo modello nosografico è stato elaborato da Emil Kraepelin verso la fine del XIX secolo «ed afferma, sostanzialmente, la qualificazione dell’infermità di mente alla stregua di una manifestazione patologica sostanziale; essa muove dal concetto del disturbo psichico come infermità “certa e documentabile” e predica (e in un certo senso presuppone) la configurazione di specifici modelli di infermità³⁶² e della loro sintomatologia»³⁶³.

³⁶¹ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.39; «di conseguenza, veniva negata, la qualifica di infermità mentale a quelle patologie prive di un substrato organico o non avente origine da lesione organiche»

³⁶² «Questa chiave di lettura non è tuttavia sostenuta: né dal tenore letterale degli artt. 88 e 89 c.p. [il legislatore, infatti, parla di “infermità” e non di “malattia”], né, soprattutto, dai recenti approdi della scienza psichiatrica, che fa oramai rientrare nella nozione di malattia psichica non

Un diverso paradigma, questa volta di tipo psicologico, iniziò ad affermarsi agli inizi del XX secolo sotto l'influenza del pensiero freudiano, secondo il quale i disturbi mentali non appaiono più come malattie vere e proprie, ma, piuttosto, come “disarmonie psichiche”, nelle quali si assiste all'imporsi della realtà inconscia su quella reale.

«I disturbi mentali vengono ricondotti a disarmonie dell'apparato psichico in cui le fantasie inconsce raggiungono un tale potere che la realtà psicologica diventa, per il soggetto, più significativa della realtà esterna»³⁶⁴. Alla stregua di tale indirizzo, si potrà parlare di malattia mentale solo quando siffatta realtà inconscia prevarrà su quella reale. Tale corrente, quindi, dilata il concetto di infermità, fino a farvi ricomprendere non solo le cc.dd. psicosi organiche, ma anche tutti gli altri disturbi dell'attività psichica, come le nevrosi o le psicopatie.

«Quindi, oggetto dell'indagine non è più la persona corpo, ma la persona psiche»³⁶⁵.

Infine, verso la seconda metà del '900 si distinse una nuova concezione, c.d. “sociologica”, per la quale la malattia mentale doveva essere ricondotta ad un disturbo psicologico avente origine sociale; quindi, non più di natura organica o psicologica, ma bensì di matrice ambientale-sociale, strettamente radicata al senso di inadeguatezza provato del soggetto nell'ambiente in cui vive.

«La malattia mentale, dunque, è una metafora e, pertanto, inesistente»³⁶⁶. Il comportamento dell'agente non è attribuito allo stesso, piuttosto alla collettività nel suo complesso.

solo i c.d. “quadri nosografici” definiti [di matrice organica], ma anche tutte quelle alterazioni mentali [...] che si manifestano come “disarmonie dell'apparato psichico”, e che dunque esprimono un disturbo psicopatologico» (M. Toriello, *l'autore del reato*, cit.)

³⁶³ E. Randazzo, In Riv. giur. dir. pen., “Il penalista”, voce “infermità mentale”.

³⁶⁴ A. Casale, P. De Pasquali, M. Lembo, *Profili criminali e psicopatologie del reo*, Rimini, 2014, p.41 ss.

³⁶⁵ A. Casale, P. De Pasquali, M. Lembo, op. cit. p. 41; «La scoperta dell'inconscio introduce elementi di riflessione e sposta la psichiatria verso posizioni deterministiche nel senso che viene ammesso che comportamenti anormali siano l'espressione dell'azione di forze inconsce».

³⁶⁶ M. Bertolino, op. cit.; «Per cui la fonte dei comportamenti psicopatologici sarebbe da ricercare nella struttura sociale in cui l'agente è inserito».

Quest'ultimo orientamento è sicuramente quello che ha influenzato meno la giurisprudenza, vuoi per la fragilità dei suoi esposti, vuoi perché allargherebbe troppo il concetto di non imputabilità, andando a ricomprendervi anche un generico disturbo di ordine sociale.

Tali approdi sono stati senz'altro d'ausilio sia alla dottrina che alla giurisprudenza per il formarsi del loro pensiero, il quale affonda le proprie radici in un substrato di natura biologica-psicopatologica che (però) lambisce altresì disturbi di natura sociale e relazionale.

4.2 Il concetto di infermità nella giurisprudenza

Si ritiene che «il mutamento di prospettiva in ambito scientifico-psichiatrico ha influenzato profondamente la giurisprudenza, comportando un'apertura del corpo giudiziario verso aspetti e disturbi della psiche umana, fino a poco tempo fa ritenuti assolutamente influenti ai fini dell'accertamento giudiziale della capacità di intendere e di volere e, dunque, dell'imputabilità»³⁶⁷.

Come per la scienza medica, anche in giurisprudenza sono da annotare un susseguirsi di orientamenti in materia; un primo orientamento, oramai superato, identificava il concetto di infermità di cui agli articoli 88 e 89 del codice penale con quello di vera e propria malattia mentale (la giurisprudenza in questo caso opera una trasposizione fedele del paradigma medico in auge verso la fine del XIX secolo³⁶⁸). Secondo tale assunto rilevavano solamente «le insufficienze cerebrali originarie o quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità»³⁶⁹.

³⁶⁷ E. Randazzo, In Riv. it. giur. dir. pen., "Il penalista", voce "infermità mentale"

³⁶⁸ Il c.d. modello organicistico-biologico.

³⁶⁹ Così, Cass. 4 aprile 1995 n.7315; sicchè «esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle così dette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti ai fini dell'applicabilità

Successivamente prese piede un secondo orientamento, chiaramente ispirato al paradigma psicologico, il quale fornì al concetto di infermità mentale un'accezione ben più ampia rispetto alla pregressa; essa, infatti, non era più intesa solo e soltanto come malattia mentale in senso stretto, bensì ricomprensiva anche le anomalie psichiche non rientranti nei precisi e rigidi schemi nosografici³⁷⁰.

Segnatamente, ciò che rileva secondo detta concezione ai fini dell'accertamento della capacità di intendere e di volere non è tanto la qualità della patologia, ma tuttalpiù la quantità del disturbo e la sua interferenza con l'agito del reo; quindi, di volta in volta, sarà necessario accertare se esso (il disturbo) sia o meno in grado di escludere totalmente o, quantomeno, scemare grandemente la capacità di discernere e autodeterminarsi dell'agente³⁷¹.

Approdo finale circa la definizione dei limiti riguardo il concetto di infermità di mente è fornito dalle Sezioni Unite, con la, ormai celebre, sentenza Raso del 2005 n. 9163. La Suprema Corte, diversamente dalle pronunce precedenti, propone un "modello integrato": «si tratta di un modello che inquadra il disturbo psichico in base ad una natura biologica, psicologica, sociale e relazionale, superando in tal modo una concezione monocausale a favore di una multifattoriale causale»³⁷². «Si assiste anche ad una rivalutazione degli accertamenti nosografici, ai quali non si attribuisce più il ruolo di un rigido codice psichiatrico, in quanto essi vengono assunti come parametri di riferimento aperto, in modo tale da poter comporre divergenti teorie sulla malattia mentale stessa»³⁷³. Di conseguenza, per merito della sopracitata sentenza, le infermità mentali non sono solo più quelle accertabili tramite esami medici ma anche "quelle manifestazioni che comportino una alterazione dello stato psicologico" (Cass. 9163 del 2005).

degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psico-intellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali».

³⁷⁰ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.39

³⁷¹ Tale orientamento è stato seguito da: Cass. 9 aprile 2003 n.19532; Cass. 22 aprile 1997 n.5885; Cass. 4 marzo 1997 n.3536; Cass. n.14122 del 1986

³⁷² S. Baggio, *Responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008

³⁷³ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.39

La Cassazione, quindi, apre alla rilevanza penale di diverse patologie (ad es. disturbo psichico, disturbo della personalità, ecc) seppur non riconducibili ad una specifica malattia mentale “codificata” nella nosografia di riferimento³⁷⁴.

La Corte, tuttavia, non si è limitata solamente ad inquadrare empiricamente il concetto di “infermità” ma ha corredato tale dato formale con un ulteriore requisito indefettibile; il nesso eziologico.

Infatti, per far sì che il disturbo possa effettivamente influire sulla capacità di intendere e di volere è necessario che tra il disturbo stesso ed il fatto di reato sussista un nesso causale, che consenta di ritenere il secondo eziologicamente determinato dal primo³⁷⁵.

Infine le SS. UU. individuano un ultimo requisito perché il vizio totale o parziale di mente possa essere integrato anche da dei disturbi della personalità: l’intensità.

Affinchè lo stato psico-soggettivo rilevi ai fine dell’accertamento di cui all’art. 85 del codice penale il giudice deve accertarne «la gravità e l’intensità [che devono essere], tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere.

In conclusione, l’importanza di tale pronuncia risiede nell’aver finalmente delineato un profilo “universale” di infermità mentale non solamente ed esclusivamente legato al dato nosografico, ma inserito concretamente in tutte le sfumature riscontrabili nel mondo reale. Sicchè «sarà riconosciuto rilievo non solo alle malattie mentali in senso stretto, ma anche ai disturbi della personalità, variamente nominati e definiti, purchè ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: la sussistenza di un disturbo al momento del fatto; che esso sia di tale

³⁷⁴ Secondo tale pronuncia: «Il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche i soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità [...]».

³⁷⁵ Continua la sentenza stessa: «al fine di deliberare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto ed ipotetico, ma reale ed individualizzato, [...] –al fine di permettere al giudice- di accertare compiutamente se quel rimprovero possa essere mosso per quello specifico fatto, se, quindi, questo trovi, in effetti, la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale [...]».

gravità da escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere; vi sia un nesso eziologico tra il disturbo ed il fatto commesso»³⁷⁶.

5. La pedofilia nel DSM (Manuale Diagnostico e Statistico dei disturbi mentali)

Il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, redatto dall'APA (*American Psychiatric Association*), più noto con la sigla DSM, è uno dei sistemi nosografici per disturbi mentali più usati dai medici, psichiatri e psicologi di tutto il mondo, sia nella clinica che nella ricerca. La prima edizione di tale manuale è datata 1952 e fu, di fatto, una replica della classificazione ICD operata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) quattro anni prima.

Da allora seguirono diverse edizioni: il DSM-II del 1968 (aggiornato, prima nel 1973 e successivamente nel 1978), il DSM-III nel 1980 e la versione DSM-III-R (rivisitata) sette anni più tardi, il DSM-IV e DSM-IV-R rispettivamente nel 1994 e 2000, fino all'ultima fatica elaborata dall'APA nel 2013, il DSM-V³⁷⁷.

«L'interesse della psichiatria nei confronti della pedofilia si dilata in modo significativo con la pubblicazione del DSM-III, quasi a seguire lo spazio via via crescente riservato al fenomeno da parte dei mezzi di comunicazione di massa in concomitanza con un maggior coinvolgimento verso di esso da parte della collettività»³⁷⁸; è da registrare che molte volte, specialmente quando ad oggetto vi sono temi delicati, i fumi degli umori e dell'emotività sociale sono in grado di entrare tra le sottili fessure del mondo scientifico, influenzandone il pensiero³⁷⁹ (viene definita anche come forma di un «pervertimento sociale»³⁸⁰).

³⁷⁶ E. Randazzo, In Riv. giur. dir. pen. "Il penalista"

³⁷⁷ Dati estrapolati da: Riv. online "Psicologiaitaliana", *La storia del DSM*, 2015

³⁷⁸ A. Coluccia, *Pedofilia un approccio multiprospettico*, cit., p.43

³⁷⁹ Le pressioni sociali a volte riescono a raggiungere approdi senz'altro apprezzabili, come quando la stessa APA dichiarò negli anni settanta, sotto la forte spinta degli attivisti omosessuali, che l'omosessualità non era più una malattia, ma un semplice orientamento sessuale. Forti pressioni, tuttavia, sono riscontrabili anche nella comunità dei pedofili, i quali «non si sentono dei malati, per cui non avrebbero nessun motivo per chiedere un aiuto o una terapia a professionisti della salute» [così, F. Bruno, *Abuso sessuale tra criminalità e malattia*, in Atti del congresso:

La pedofilia è un disturbo della sfera sessuale e, come tale (almeno seguendo la classificazione operata dal DSM), rientra nella categoria di quelle affezioni che la terminologia psichiatrica indica come “parafilie”³⁸¹. Anche se, come già tratteggiato (§1), manchi un vero e proprio accordo definitivo tra gli studiosi (infatti l’argomento presta il fianco a censure sia morali che sociali), come anche all’interno dello stesso Manuale Diagnostico redatto dall’APA, nel quale nel corso delle varie stesure ne è variata più volte la definizione (appunto, di pedofilia)³⁸²; pertanto, all’oggi, la soluzione maggiormente accreditata pare essere quella fornita dal DSM-IV, il quale riconduce la pedofilia tra i disturbi sessuali e dell’identità di genere, in particolare nel paragrafo delle parafilie (indicando con essa l’attività sessuale con bambini prepuberi, generalmente di tredici anni o più piccoli), alla quale vengono richiesti tre criteri diagnostici:

- Durata per un periodo di almeno sei mesi di fantasie, impulsi sessuali o comportamenti ricorrenti ed intensamente eccitanti sessualmente, che comprendono attività sessuale con uno o più bambini prepuberi.

“Perversione e Psicoterapia”, IREP, Roma, 1998] e, così come per gli omosessuali, nel 2013 hanno sicuramente cagionato un condizionamento nel giudizio dei redattori del DSM-V, come vedremo in seguito. «I pedofili infatti si organizzano, più o meno apertamente, in associazioni, circoli, club, spesso a livello internazionale, si scambiano informazioni e materiali, indirizzi e consigli» [N. Fusaro, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.34]; una delle associazioni più conosciute è la Danish Pedofh Association (DPA), che “lotta” per il riconoscimento dei diritti dei pedofili, fornendo addirittura un decalogo ai suoi soci, incentrato sul sentimento che deve contraddistinguere i loro rapporti con i bambini (che, a dir loro, dovrebbe essere di gioia per entrambi).

³⁸⁰ C. Rocca, C. Foti, *L’abuso sessuale sui minori*, Milano, 1994

³⁸¹ «Le parafilie sono caratterizzate da eccitamento in risposta a oggetti o situazioni sessuali che non fanno parte delle modalità normali di eccitamento, e che in grado variabile possono interferire con la capacità di attività sessuali reciproche e affettuose. Le manifestazioni essenziali dei disturbi di questa sottoclasse sono ricorrente, intensa attrazione sessuale, e fantasie sessualmente eccitanti, riguardanti generalmente:

- 1) oggetti non umani;
- 2) la sofferenza o l’umiliazione di se stessi o del proprio partner;
- 3) bambini o altre persone non consenzienti».

³⁸² Inizialmente ricondotta nella categoria delle deviazioni sessuali gravi (“*caratterizzate da ricorrenti e intensi impulsi, fantasie, o comportamenti sessuali che implicano oggetti, attività o situazioni inusuali e causano disagio clinicamente significativo o compromissione dell’area sociale, lavorativa e di altre aree importanti del funzionamento psichico del soggetto [...] includono l’esibizionismo, il feticismo, il frotteurismo, la pedofilia, il masochismo, il sadismo e la parafilia non altrimenti specificata*” - DSM-III), accostata sovente altresì al concetto di sociopatia; in quella riguardante i disturbi psicotici; alle parafilie; fino ad essere qualificato come orientamento sessuale.

- Le fantasie, gli impulsi sessuali o i comportamenti causano disagio clinicamente significativo o compromissione dell'area sociale lavorativa.
- Il soggetto ha almeno sedici anni ed è almeno di cinque anni più grande del bambino coinvolto.

Nel DSM, altresì, si rinvengono tre tipi di pedofilia: la pedofilia eterosessuale; la pedofilia omosessuale; la pedofilia mista (come è intuibile, a seconda del sesso verso cui orienta le proprie attenzioni il soggetto), le quali possono essere di tipo “esclusivo” o “non esclusivo” (attraZIONE solo verso bambini o anche nei confronti di adulti).

Queste macro divisioni operate dal Manuale, però, non sono le uniche che campeggiano a tal riguardo, infatti, la pedofilia è un disturbo che si manifesta in più sfumature (come anche riportato nel §1)³⁸³.

Infatti, la pedofilia ancora oggi «non è riconosciuta come disturbo a se stante, rientrando nel novero generico di “parafilia”, che può definirsi una delle categorie maggiormente criticate perché più che a un effettivo schema clinico psicopatologico, sembra rispondere ad una censura di tipo morale»³⁸⁴.

In conclusione, dunque, la comunità scientifica non ha trovato ancora delle basi solide sulle quali poter costruire un mappa diagnostica *ad hoc* per la pedofilia, anche perché ella stessa (la comunità scientifica) pare essere eccessivamente ondivaga sull'argomento; ciò è riscontrabile sia tra le varie stesure del DSM, sia nel raffronto con quanto assunto dall'OMS, la quale, ad esempio, include la pedofilia nell'elenco dei disturbi del comportamento sessuale, definendola una malattia psichiatrica vera e propria.³⁸⁵

³⁸³ Tipo interpersonale; narcisistico; situazionale; sadico-inibito; aggressivo; sadico.

³⁸⁴ G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p.32

³⁸⁵ Secondo l'OMS, infatti: «*si tratta di una patologia di natura psichiatrica e non si sono trovate a livello cromosomico, ormonale o genetico alterazioni che identifichino il soggetto pedofilo*»

5.1 Dal DSM-III al DSM-V

Come brevemente accennato nel paragrafo che precede, il concetto di pedofilia, da sempre, risulta poco afferrabile, determinabile. Esempio più che calzante di tale considerazione è fornito dalla stessa Associazione degli Psichiatri Americani (i redattori del DSM), i quali nel corso degli anni, e delle varie stesure della loro opera più celebre, hanno mutato il proprio pensiero più volte.

La pedofilia vede la propria comparsa nel Manuale per la prima volta nel 1980, con la terza edizione del DSM; in essa, siffatto disturbo viene considerato come una forma grave di parafilia, poiché accompagnata quasi sempre da disturbi di tipo sociopatico o psicotici, sicché i compilatori avevano finito per valutarla alla stregua di una vera e propria malattia, seppur priva di strumenti tecnici “certificati” volti all’accertamento diagnostico di tale patologia.

Circa quindici anni dopo, con l’uscita del DSM-IV, affiorò un primo cambiamento; infatti, la pedofilia, come categoria nosografica, vide un declassamento significativo, passando dall’essere considerata una “malattia” all’essere classificata, semplicemente, come un mero “disordine”. Tale disordine, identificato come “mentale”, era ricondotto il più delle volte al paradigma sintomatico dell’identità di genere; il pedofilo, sovente, non si riconosce in un sesso piuttosto che un altro, esso abbandona le spoglie dell’adulto, varcando la soglia di un mondo da sé costruito e nel quale le lancette dell’orologio si arrestano al più tardi con il sopravanzare della pubertà³⁸⁶.

«Suscita scalpore e legittima indignazione l’ulteriore declassamento della pedofilia a “orientamento sessuale” da parte dell’associazione degli psichiatri americani che hanno scritto nel loro ultimo manuale che la pedofilia, cioè “il desiderio sessuale verso i bambini”, rappresenta un orientamento sessuale come

³⁸⁶ Cfr. N. Fusaro, *Pedofilia e criminalità*, cit., p.10; «*La pedofilia ha una caratteristica particolare che si contraddistingue per il fatto che il pedofilo si comporta come un ragazzo fra altri ragazzi. Il pedofilo non concepisce lo sviluppo oltre l’adolescenza [...]. La pedofilia appare come un vero e proprio rifiuto di crescere come un desiderio di rimanere per sempre ancorati all’età infantile. Un vero e proprio rifiuto del mondo adulto del quale non si vogliono assumere le responsabilità e non si vuole comprendere il fatto che il mondo adulto compori una progettualità futura. La pedofilia è caratterizzata da un vero e proprio stato di confusione sessuale e sociale*».

tutti gli altri»³⁸⁷. In sostanza, sembrerebbe che le attrazioni dimostrate dagli adulti nei confronti dei bambini non debbano più essere ricondotte nell'alveo di qualsivoglia schema nosografico.

Tale nuova posizione va così a completare un lungo percorso di sdoganamento cominciato già negli anni Cinquanta. L'APA nell'ultima versione del DSM fa, quindi, un passo ulteriore rispetto alla precedente (DSM-IV, nel quale l'atto pedofilico veniva considerato "disordinato" solo ove fosse causa di «sofferenze clinicamente significative o disagi nelle aree occupazionali o in altri importanti capi»); «Così come negli anni Settanta dichiarò che l'omosessualità era un orientamento sotto la forte pressione degli attivisti omosessuali, così ora sotto la pressione degli attivisti pedofili ha dichiarato che il desiderio sessuale verso i bambini è un orientamento»³⁸⁸.

Quanto biasimato ai redattori del celebre Manuale³⁸⁹ è l'aver "cercato" di normalizzare tali inclinazioni³⁹⁰.

Ma realmente l'APA ha apportato una modifica tanto eclatante?

In realtà, analizzando con attenzione la voce in questione ci si rende conto che effettivamente «i criteri diagnostici sono rimasti sostanzialmente immutati, ma l'etichetta è stata modificata da "*pedophilia*" a "*pedophilic disorder*", in linea con la nuova nosografia presentata nel DSM-V»³⁹¹. Questa variazione ha suscitato il fervido interesse della stampa e dell'opinione pubblica, poiché erroneamente il

³⁸⁷ Così un articolo de "Il secolo d'Italia" (del 4 novembre del 2013) ha accolto la nuova concezione di pedofilia proposta dal DSM-V. Articolo di D. Ragazzi

³⁸⁸ In tal senso si espresse l'AFA (Associazione della famiglia americana)

³⁸⁹ Non manca chi manifesta perplessità riguardo le modalità di realizzazione dei risultati nosografici riportati nel DSM; in Italia ad esempio lo psichiatra D. Fagnoli commenta così l'assenza di legami fra il nuovo Manuale e i dati scientifici: «*Un gruppo di psichiatri si mette d'accordo su una lista di comportamenti atipici e sul fatto che costituiscano un disturbo mentale. La creazione di nuove categorie è allora una specie di gioco da salotto priva di qualunque validità scientifica*».

³⁹⁰ Già nel 1998 sul Bollettino di Psicologia era stato pubblicato uno studio per dimostrare che gli abusi verso i bambini non causano danni così gravi. B. Rand e R. Bauserman, entrambi professori universitari, avevano ridefinito il concetto di "abuso sessuale sui bambini", affermando che «*le esperienze sofferte da bambini, sia maschi che femmine, che hanno subito abusi sessuali sembrano abbastanza moderate*».

³⁹¹ Articolo (pubblicato il 5 dicembre 2013) dal "Giornale delle scienze psicologiche", di F. Fiore.

termine “*disorder*” è stato tradotto come “disordine” e non come “disturbo” (traduzione corretta del termine).

In realtà, quindi, l’intento dell’APA era, al contrario, quello di evidenziare e sottolineare la componente psicopatologica che sottende e mantiene il “*pedophilic disorder*”,³⁹². Di conseguenza anche nel DSM-V colui che mostra un’attrazione sessuale verso i bambini manifesta un disagio clinicamente significativo oltre che una compromissione dell’area sociale e psicologica.

Però il termine che sicuramente ha fatto più discutere è “*pedophilic sexual orientation*”; non solo si tratterebbe (sarebbe trattato) di un mero disordine, ma bensì di un comune orientamento sessuale. Tale dicitura invero lascia perplessi, in quanto sarebbe oltremodo complicato far clinicamente coesistere una pedofilia-orientamento sessuale con una pedofilia- disturbo psicologico.

Per dissipare i numerosi dubbi che erano affiorati da tale definizione e per smorzare le feroci critiche che ne avevano fatto seguito, fu necessaria una rettifica: si tratta di “*sexual interest*” e non di “*orientation*”.

In conclusione è stato fatto tanto rumore per nulla, infatti sostanzialmente quanto affermato dal DSM-IV non si discosta da quanto trattato nella versione successiva. Però il clamore suscitato da questo (se lo si può chiamare così) *misunderstanding* è sintomatico di un clima di incertezza e di vacua (dis)informazione; la pedofilia è un aspetto del mondo che spaventa non soltanto perché deprecabile e perché vede come vittime dei bambini (quindi degli indifesi) ma preminentemente perché la società non è ancora riuscita a squarciare il velo di Maya che si cela dietro tale patologia³⁹³.

³⁹² *Ibidem*

³⁹³ Forse anche e soprattutto perché è ancora come se fosse argilla fresca.

La pedofilia è un modo di essere che non ha avuto il tempo di consolidarsi in una maniera o nell’altra. Il susseguirsi delle epoche e le innumerevoli diversità folkloristiche e latitudinarie hanno fatto sì che essa fosse osservata sempre con occhi diversi e, di conseguenza, fosse scolpita da giudizi differenti.

6. La pedofilia nella giurisprudenza

Dunque, come si è poc'anzi osservato, la pedofilia si configura qualora, per un periodo di almeno sei mesi, vi sia «il desiderio di attività sessuali con bambini prepuberi» o «la messa in atto di tale desiderio»³⁹⁴, da parte di un soggetto che deve avere almeno sedici anni ed essere almeno di cinque anni maggiore del bambino che è oggetto delle fantasie sessuali. Dal punto di vista clinico, pertanto, il configurarsi di un disturbo pedofilo non necessita della traduzione in azione dell'interesse deviante, potendo limitarsi ad essere vissuto anche solo a livello intra-psichico.

Tuttavia, nell'accezione comune il termine in esame è spesso utilizzato quale sinonimo di abuso sessuale, espressione con cui si designa, come tratteggiato nei paragrafi che precedono, «il coinvolgimento in attività sessuali di soggetti immaturi e dipendenti a cui manca la consapevolezza delle proprie azioni, nonché la capacità di scegliere»³⁹⁵. Si osserva, in tal senso, che se la pedofilia rappresenta un'azione sessuale verso un bambino, l'abuso invece indica «l'azione di recare danno ad un minore attraverso comportamenti sessualmente connotati»³⁹⁶, evidenziando pertanto come queste due espressioni non designino necessariamente la medesima realtà deviante.

Già da queste precisazioni emerge come tale fenomeno mostra una realtà complessa e sovente contraddistinta da generalizzazioni e luoghi comuni che non contribuiscono alla sua reale comprensione. Infatti, l'opinione pubblica ha

³⁹⁴ R. Rossi, P., Fele, *Parafilie*, in AA. VV., *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, Vol. 2, 1999, p. 2446. È bene, tuttavia, tenere a mente una delle modifiche più marchiane apportate dal DSM IV-TR: la pedofilia, come le altre forme parafiliche, viene ora diagnosticata anche quando non causa un disagio clinicamente significativo o la compromissione dell'area sociale, lavorativa o di altre importanti aree del funzionamento.

³⁹⁵ F., Montecchi, *Gli abusi sessuali: le forme cliniche*, in Monchetti F. (a cura di), *I maltrattamenti e gli abusi sui bambini. Prevenzione ed individuazione precoce*, Milano, 1998, p. 104

³⁹⁶ G. Gulotta, *Aspetti psicogiuridici del comportamento pedofilo*, cit., p. 243

«strutturato una vera e propria foiba»³⁹⁷ nei riguardi della pedofilia, giungendo a sviluppare una serie di stereotipi che non fanno altro che ostacolare l'analisi³⁹⁸.

Tali “sovrastutture” influiscono anche sul giudizio dei giudici, i quali essendo uomini di questo mondo non rimangono estranei a questa caccia alle streghe. Analizzando le varie pronunce che si sono susseguite in questi anni emerge un orientamento più che consolidato riguardo la materia in oggetto; «la parafilia, in cui rientra la pedofila, se non accompagnata da un disturbo psichiatrico maggiore, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulla capacità intellettive e volitive della persona»³⁹⁹ (Cass., sez. 3 penale, Sent. 17 febbraio 2015, n. 6818)⁴⁰⁰.

Quindi, parafrasando le conclusioni cui la giurisprudenza sovente perviene, chi fosse affetto da un disturbo pedofilo (parafilia) non per questo potrebbe essere sollevato dalla penale responsabilità, nemmeno parzialmente; il concetto di pedofilia viene quasi interamente svuotato di ogni caratteristica psicopatologica, essendo ricondotto ad una mera devianza di natura sessuale.

Affinché tale devianza possa assurgere a parametro su cui fondare un giudizio circa la mancanza (o affievolimento) della capacità di discernere o determinarsi, deve indefettibilmente essere accompagnata da un disturbo psichiatrico maggiore.

Le cause che hanno portato la Suprema Corte, ma anche i giudici di merito, a considerare la pedofilia come una mera devianza sessuale (trascendendo, in negativo, anche il dato scientifico), compiendo una vera e propria deflazione

³⁹⁷ U. Fornari, M. Lagazzi, *L'accertamento peritale sul pedofilo: competenze e responsabilità del perito e del consulente tecnico*, in De Cataldo Neuburger L., *La pedofilia. Aspetti sociali, psicoguridici, normativi e vittimologici*, Padova, 1999, p.67

³⁹⁸ Come lo stereotipo del pedofilo «maniaco, isolato e sconosciuto alla vittima, che occasionalmente importuna e aggredisce il bambino usandogli violenza» (O. Ferraris, *Pedofilia. Per saperne di più*, Roma, p. 60). Quando, «in realtà più di due terzi degli abusi sessuali compiuti sui minori avvengono in contesti noti alla vittima, e apparentemente protetti, ad opera per lo più di familiari e conoscenti» (G. Cifaldi, *Pedofilia tra devianza e criminalità*, cit., p. 49).

³⁹⁹ Così i giudici di legittimità: «*Nella specie la Corte territoriale, nel ritenere che la parafilia, in cui rientra la pedofilia, integri unicamente un comportamento deviante che, non derivando da un disturbo psichiatrico maggiore che alteri il rapporto con la realtà, non assume rilevanza forense, ha fatto corretta applicazione del principio già enunciato da questa corte [...]»*(Cass. Sent. n. 6818 del 2015)

⁴⁰⁰ In tal senso anche: Cass. Sent. 19 gennaio 2011, n. 1518; Cass., Sent. 12 novembre 2003, n. 43135; Cass. Sent. 16 dicembre del 2010 n. 15157

concettuale, sono plurime; il crimine di cui si macchia un individuo che abusa sessualmente di un minore prepubere (di solito infradecenne) è riconosciuto come moralmente abietto, e, pertanto, difficile da giudicare con fredda obbiettività.

In tal senso può (ed è bene che sia) essere presa di monito una frase, o meglio, un concetto, pronunciato durante una requisitoria dal Pubblico Ministero Iacovello il quale si soffermò sul rapporto non sempre equipollente che intercorre tra la giustizia e la legge⁴⁰¹; il compito dei giudici, secondo il magistrato, non è quello di fare giustizia, ma bensì, quello di applicare la legge. Talvolta vi sarà giustizia proprio perché essa germoglia attraverso l'applicazione delle leggi, ma ciò non comporta necessariamente che la legge sia anche giusta; ed è proprio in questi casi che il compito di chi dovrebbe giudicare diviene arduo, perché non sempre è facile isolare il proprio giudizio da agenti e pressioni esterne.

Siffatte valutazioni emergono chiaramente in una sentenza del 2003 pronunciata dalla III sezione penale, nella quale sorse il problema dell'incidenza di un disturbo pedofilo in riferimento all'accertamento della capacità di intendere e di volere: «*A fronte della teorica possibilità che le azioni, del pedofilo siano commesse sotto l'influenza di un forte stress fisico e psichico, giustamente i giudici di merito hanno escluso tale evenienza, con una valutazione obiettiva e realistica, mirante a tutelare la dignità delle persone, l'infanzia e la società da gravi abusi sessuali [...]»⁴⁰².*

Quel che appare da tale ultima pronuncia è che tanto i giudici di merito, quanto quelli di legittimità, sembrano orientare principalmente il loro giudizio non tanto sull'effettiva incidenza e dimensione che tale disturbo ha sulla condotta del reo, ma, tutt'al più, l'impegno, tutt'altro che scevro da ingerenze della morale comune, dei magistrati sembra rivolto piuttosto (quasi esclusivamente) a “tutelare la dignità

⁴⁰¹ Requisitoria pronunciata nel processo Eternit

⁴⁰² «*Circa la questione della capacità di intendere e di volere riconosciuta all'imputato, la Corte di Appello di Perugia si è attenuta alle conclusioni del perito di ufficio. Nella sentenza impugnata si dà atto che l'imputato era incline alla pedofilia, ma da ciò non si fa giustamente discendere una automatica conseguenza della mancanza o diminuzione della capacità di intendere e di volere. Se è vero che la pedofilia, come modifica dell'oggetto sessuale in direzione dei minori presenta ordinariamente carattere di abitudine, ai fini penali questa condizione non esclude né attenua la capacità di intendere e di volere e, di conseguenza, la penale responsabilità per abusi sessuali contro i minori»*

delle persone”; il giudizio sul fatto diviene meramente residuale, lasciando il posto al giudizio sull’agente, sulla falsariga dell’archetipo della colpa d’autore.

Tali argomentazioni sono presenti e rafforzate anche da altre pronunce; in particolare la Suprema Corte in una sentenza del 2010 (n. 15157) si è soffermata più affondo circa l’effettivo spessore concettuale del disturbo-pedofilia, riconoscendone, in un primo momento, le stimate proprie di un “disturbo della personalità”, ma successivamente correggendo il tiro, la descriveva (appunto, la pedofilia) come «*molto lontana dai quadri sintomatici afferenti la malattia mentale*», giungendo (anche in questo caso) alla conclusione che quest’ultima non potesse influire sulla capacità di intendere e di volere del reo se non «*accompagnata da un’ accertata malattia mentale [...]*»⁴⁰³.

Conseguentemente, anche tale pronuncia risulta affine all’orientamento saldamente consolidato e sostenuto dalla giurisprudenza, ma i dubbi circa la bontà di tale inclinazione permangono.

Le argomentazioni principali addotte da tali sentenze fanno leva sul concetto di “parafilia” e, più in generale, su quello di “disturbo della personalità”, i quali non rientrando in un quadro nosografico ben preciso e non sarebbero, di conseguenza, in grado di incidere sulle qualità di cui all’art. 85 del codice penale⁴⁰⁴ poiché, appunto, espunte dal novero delle malattie mentali⁴⁰⁵.

Un tale ragionamento non presterebbe il fianco a critica alcuna, almeno sul piano nosografico, se non fosse che «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, anche i “disturbi della personalità”, che non sempre sono inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di “infermità”, purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, escludendola o

⁴⁰³ Per completezza: «È bene ricordare, infatti, che la dottrina scientifica ritiene concordemente che la parafilia o perversione sessuale (della quale la pedofilia è considerata una sottocategoria) vada ricompresa tra i disturbi di personalità attinenti alla sfera sessuale e le nevrosi e sia molto lontana dai quadri sintomatici afferenti la malattia mentale, quadri che si caratterizzano, invece, per la perdita del rapporto con il contesto reale, la destrutturazione della personalità, la dissociazione affettiva ed ideativa, le allucinazioni ed i deliri. [...]».(Cass. sent. del 2010 n. 15157)

⁴⁰⁴ Capacità di intendere e di volere

⁴⁰⁵ Nel DSM-III la pedofilia era qualificata come vera e propria malattia

scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale»⁴⁰⁶.

È proprio la Suprema Corte che fornisce la più valida delle argomentazioni al riguardo; non è necessario che il disturbo cui è affetto il soggetto sia ricompreso nel novero delle malattie mentali, sicchè ben potranno rilevare, a tal uopo, anche semplici disturbi della personalità (non riconducibili quindi ad una vera e propria malattia) purchè accompagnati da taluni requisiti. Segnatamente, un qualsivoglia disturbo della personalità se consistente, intenso e grave potrà incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere (escludendola o scemandola), a condizione però che quest'ultimo sia eziologicamente connesso alla specifica condotta criminosa, *“per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale”*.

Dunque, non è necessario che il disturbo pedofilo sia accompagnato da *“un'accertata malattia mentale”* al fine della rilevanza riguardo l'accertamento del vizio totale o parziale di mente, essendo sufficiente la sola presenza di tutti quei requisiti tassativamente indicati dalle SS. UU. del 2005⁴⁰⁷.

Pertanto, la giurisprudenza in materia di pedofilia, contrariamente a quanto affermato dalle SS. UU., riversa la centralità del proprio giudizio sulla forma del disturbo (estraneo all'alveo nosografico) e non sulla sostanza di esso (come invece dovrebbe essere), abbracciando, piuttosto, un ragionamento di tipo socio-morale, più legato al concetto di giustizia (intesa non in senso assoluto, ma affine a un sentimento collettivo, il quale, a volte, è troppo facilmente influenzabile e sensibile a sollecitazioni esterne, ambientali e massmediatiche) che di legalità.

⁴⁰⁶ Cass. Sezioni Unite penali, sentenza 8 marzo 2005, n. 9163 (sentenza Raso)

⁴⁰⁷ Di guisa che: *«[...] nessun rilievo, ai fini dell'imputabilità, deve essere dato ad altre anomalie caratteriali o alterazioni e disarmonie della personalità che non presentino i caratteri sopra indicati [...]»*. (Nella specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata, che aveva erroneamente escluso il vizio parziale di mente sul rilievo che il disturbo paranoideo, dal quale, secondo le indicazioni della perizia psichiatrica, risultava affetto l'autore dell'omicidio, non rientrava tra le alterazioni patologiche clinicamente accertabili, corrispondenti al quadro di una malattia psichica, per cui, in quanto semplice “disturbo della personalità”, non integrava quella nozione di “infermità” presa in considerazione dal codice penale).

Si tratta insomma «di riacquistare uno sguardo lucido sul problema, considerandolo secondo una prospettiva il più possibile oggettivante»⁴⁰⁸.

6.1 Malattia o semplice orientamento sessuale

Malattia, infermità, disturbo, devianza e orientamento sessuale sono vocaboli, o meglio, nozioni, legate tra loro da un filo invisibile che ne delinea i rapporti e le sfumature.

Infatti, tali termini, che ben possono essere collocati in una scala gerarchica, costituiscono una sorta di *climax* (ascendente o discendente a seconda dall'angolo visuale) cinto alle sue estremità da due antipodi; la malattia e il mero orientamento sessuale. L'oggetto di tali sfumature psicologiche-nosografiche è la pedofilia, intesa in senso astratto.

Come tratteggiato in precedenza (§1.), il concetto di pedofilia è altamente cangiante e di difficile inquadramento; tanto gli scienziati quanto gli psicologi da anni provano a tracciare una strada comune da percorrere, ma ancora oggi una soluzione univoca e generalmente riconosciuta non è stata raggiunta.

Pertanto alla domanda su cosa sia effettivamente la pedofilia sembra più corretto rispondere con un "dipende". Infatti, il termine in questione in sé e per sé raggruppa un esorbitante numero di contingenze, le quali, sovente, possono manifestarsi in comportamenti anche vicendevolmente confliggenti; ciò, in ragione del fatto che non esiste un solo ed unico archetipo di pedofilo, in quanto questa inclinazione ne comprende nel proprio alveo vari "tipi"⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ M. Gaetani, Centro Interuniversitario per lo studio del simbolo- Università di Siena; prefazione in *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, di A. Coluccia, E. Calvanede, cit.

⁴⁰⁹ Si ricordi le varie tipologie di pedofilia riconosciute e descritte dalla scienza: vi è il tipo *interpersonale* (ricerca un alto grado di contatto con il bambino ed è caratterizzato da atti sessuali non genitali); tipo *narcisistico* (ricerca un alto contatto con il bambino, il motivo principale del suo agire è la gratificazione sessuale autocentrata); tipo *situazionale* (scarso contatto con il bambino, l'aggressione non è eroticizzata e vengono inferte poche ferite sul corpo della vittima); tipo *sadico-inibito* (scarso contatto con il bambino, poche ferite sul corpo del bambino, aggressione altamente eroticizzata e perversa); tipo *aggressivo* (scarso contatto con il

Per Francesco Bruno⁴¹⁰, il pedofilo cerca di identificarsi con il fanciullo, e vede in quest'ultimo quel bambino che egli era quando aveva la sua età e lo colma di tutte le "attenzioni" di cui avrebbe voluto godere, ma non ha goduto, da parte della propria madre. «Il pedofilo sente di dover riempire di affetto e di tenerezza il bambino oggetto delle sue attenzioni».

Sempre secondo il criminologo, quindi, il pedofilo "puro" sarebbe colui che "ama" il bambino, in senso lato, come una madre ama il proprio figlio; tale soggetto non farebbe mai del male a un fanciullo né gli recherebbe alcun danno (fisico o psichico che sia).

Mentre, sempre secondo quest'ultimo, colui che compie abusi sessuali in danno di un minore è sia un delinquente che un malato e, per questo, dovrebbe essere classificato correttamente fra i c.d. malati di mente autori del reato⁴¹¹.

Considerate tutte le sfumature che contraddistinguono tale "disturbo" sarà possibile collocarlo nell'alveo delle malattie o in quello dei meri orientamenti sessuali a seconda del grado di manifestazione dei "sintomi"; un soggetto che prova delle pulsioni, anche (e soprattutto) sessuali, nei confronti di ragazzi prepuberi che però rimangano latenti, contenute (quindi a livello astratto) in una mera fantasia sessuale, senza che segua alcun agito, non sarà molto probabilmente un malato, ma bensì si potrà parlare più correttamente di un orientamento sessuale⁴¹².

Viceversa, nel caso in cui le suddette pulsioni siano talmente forti da obnubilare e compromettere più o meno grandemente la forza di volontà di tali soggetti,

bambino, alto grado di ferite inferte alla vittima, azione poco eroticizzata); ed infine il tipo *sadico* (scarso contatto con il bambino, alto grado di violenza sulla vittima, azione altamente eroticizzata)

⁴¹⁰ Noto criminologo romano, professore presso la cattedra psicopatologia forense e criminologia nell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"; *Abuso sessuale tra criminalità e malattia*, Roma, 1998

⁴¹¹ Per cui, se il pedofilo è sia un malato che un delinquente, bisognerebbe valutare attentamente quali siano le prospettive terapeutiche utili per prevenire e curare tali malattie.

⁴¹² Intesa altresì come "preferenza sessuale", che si caratterizza per essere un'attrazione emozionale, romantica e/o sessuale verso altri individui.

spingendoli a compiere atti di abuso verso dei fanciulli, allora, e solo allora, ci si potrebbe trovare di fronte, più compiutamente, ad una malattia⁴¹³.

Alla luce delle plurime difficoltà in cui ci si imbatte nel tentativo di “qualificare” tali affezioni, sono, dunque, da apprezzare e sottolineare tutti quegli sforzi che intendono sottrarre la materia alla banalizzazione in cui l’industria spettacolare rischia fatalmente di trascinare la pedofilia; «non occorre essere tardi o più o meno aggiornati adepti del verbo McLuhaniano⁴¹⁴ per notare come il corpo sociale senta, in effetti, il problema nei modi propri degli organi massmediatici, modi facilmente empatici, istintuali, irriflessi»⁴¹⁵.

Quella che si apre nel corpo sociale, ad ogni nuovo episodio di criminalità pedofila, è una ferita ampia e profonda. «Il *vulnus* sociale, seppur inguaribile, deve restare, tuttavia, perlomeno curabile: è possibile e doveroso tentare da più parti di rimarginare lo strappo che ha lacerato il tessuto sociale»⁴¹⁶.

6.2 Colpa d’autore

A seguito dell’analisi riguardante i criteri con cui la giurisprudenza valuta la materia oggetto di trattazione⁴¹⁷ (par. § 4.2) è emerso come il trattamento riservato alla pedofilia-disturbo, e di conseguenza al pedofilo-criminale, si avvicini per certi versi all’istituto della colpa d’autore.

Tale concezione *sui generis* della colpa comparve per la prima volta nella dottrina tedesca intorno agli anni 40; nella quale venne delineata, appunto, accanto alla

⁴¹³ Intesa nel senso nosografico del termine.

⁴¹⁴ Herbert Marshall McLuhan è stato un sociologo, filosofo, critico letterario e professore canadese; la sua fama è legata principalmente alla propria interpretazione innovativa degli effetti prodotti dalla comunicazione sia sulla società nel suo complesso sia riguardo ai comportamenti dei singoli. La sua riflessione ruota attorno all’ipotesi secondo cui il mezzo tecnologico comunicativo produce effetti pervasivi sull’immaginario collettivo, indipendentemente dai contenuti dell’informazione di volta in volta veicolata.

⁴¹⁵ M. Gaetani, op. cit.

⁴¹⁶ *ibidem*

⁴¹⁷ Sì, un disturbo della personalità, ma comunque non sufficiente da solo per compromettere totalmente o parzialmente la capacità di intendere e di volere (in controtendenza con la prassi generale tracciata dalla sentenza Raso)

comune elaborazione di colpa, la cosiddetta colpa d'autore (*Taterschuld*), nella duplice versione della "colpevolezza per il carattere" e della "colpevolezza per la condotta di vita".

«La teoria della "colpevolezza per il carattere" pretende che all'agente si possa muovere l'addebito di non aver frenato in tempo le pulsioni antisociali, in modo da formarsi un carattere meno malvagio e meno propenso a delinquere»⁴¹⁸.

Invece, «la teoria della "colpevolezza per la condotta di vita", dal canto suo, pretende di incentrare il giudizio di disapprovazione sullo stesso modello o stile di vita e sulle scelte esistenziali del reo, che starebbero all'origine della sua inclinazione al delitto»⁴¹⁹.

Tali concezioni della colpevolezza, di conseguenza, hanno ad oggetto non il fatto di reato, ma piuttosto le caratteristiche psichiche del reo.

Come esposto da Antolisei: «essa determina un rimprovero all'individuo per la sua inclinazione al delitto, per la sua malvagità, in quanto sarebbe stato in suo potere formarsi una personalità psichica diversa»⁴²⁰.

Simili pensieri, non a caso, affondano le proprie radici nell'ideologia del totalitarismo nazionalsocialista.

Abbracciare una simile concezione della colpevolezza porterebbe con sé innumerevoli difficoltà; infatti, tale "colpa" presuppone che l'agente abbia la facoltà di potersi costruire una fisionomia caratteriale diversa, per cui l'accertamento di essa (la colpa) renderebbe indispensabile vagliare i casi in cui l'uomo sia capace di poter dominare gli aspetti innati del proprio carattere, dai casi in cui, invece, non possieda tale attitudine.

Sicchè appare arduo comprendere come un uomo, il giudice, possa essere in grado di eseguire un tale accertamento e «cioè [sia in grado] di stabilire se e in che limiti

⁴¹⁸ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.279

⁴¹⁹ *ibidem*

⁴²⁰ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.330; l'autore altresì prosegue: «Il Mzger (in *Die Straftat als Ganzes*) parla in proposito di "colpa per la condotta di vita" e il Welzel (in *Personlichkeit und Schuld*), il quale si pone sul piano della psicanalisi, di "mancato controllo delle superiori funzioni dell'io sulla vita interiore"»

l'agente aveva la possibilità di essere diverso da quello che è: il compito che gli verrebbe affidato è quasi sovraumano»⁴²¹.

Questo paradigma dell'elemento soggettivo colposo, è doveroso sottolinearlo, non trova molti consensi; infatti il diritto penale, fin dall'Ottocento, ha fissato come uno dei propri capisaldi il principio secondo il quale la colpevolezza si debba riferire al singolo fatto considerato e non alle caratteristiche soggettive dell'agente: di conseguenza, ci si trova dinnanzi a un diritto penale a tendenza oggettiva.

Altrimenti si correrebbe il rischio di far rivivere lo spettro di un diritto penale "illiberale"⁴²² tipico dello Stato di polizia.

È, tuttavia, da aggiungere che nel nostro ordinamento penale vi sono taluni istituti che sembrano subire l'influenza di siffatta concezione; così, ad esempio, l'aggravamento di pena nei casi di recidiva o nei casi di ubriachezza abituale, i quali, però, sembrano preminentemente potersi ricondurre a esigenze politico-criminali di difesa sociale e special-prevenzione.

Il prevalere (ieri come oggi) di un diritto penale che guarda esclusivamente al fatto è stato favorito anche dal trionfo del principio di legalità, per il quale sono senz'altro più facili da ipotizzare, come elementi costitutivi di un reato, fatti di carattere oggettivo.

L'intima cattiveria in sé non offende alcun bene giuridico, né costituisce un pericolo per la comunità; pertanto l'intervento sanzionatorio dello Stato non potrà ammettersi, perché ad esso è negato qualsivoglia potere di perseguire l'individuo per la sua malvagità.

⁴²¹ *ibidem*

⁴²² Fiandaca, Musco, op cit.

6.3 Casi di cronaca rilevanti

La pedofilia, «pur essendo sempre esistita nel silenzio e nell'indifferenza generale»⁴²³, negli ultimi anni è divenuta un argomento di grande attualità e ciò soprattutto a causa «dell'interesse⁴²⁴ e della reazione, sia di sdegno che di allarme sociale, suscitati da fatti⁴²⁵ di ingente gravità verificatisi in Italia e all'estero»⁴²⁶.

Per questo motivo si ritiene utile ai fini della comprensione della portata del fenomeno riportare alcuni fra i casi più noti passati agli “oneri” della cronaca.

Tra le vicende più impresse nella memoria collettiva trova sicuramente spazio quella riguardante Luigi Chiatti, più noto come il “mostro di Foligno”, a causa del particolare allarme sociale generato dai suoi omicidi; le vittime di Chiatti sono due bambini, «elemento che ha provocato non solo in Umbria, ma anche nel resto dell'Italia una sorta di “psicosi-pedofilia”»⁴²⁷

Il 4 ottobre del 1992 un bimbo di quattro anni e mezzo scomparve di casa⁴²⁸. Da subito iniziarono le ricerche, le quali malauguratamente non condussero ad alcun indizio; fino a quando, qualche settimana più tardi, comparve un biglietto (scritto dall'autore del delitto) all'interno di una cabina telefonica con su scritta una richiesta d'aiuto, seguita dalle indicazioni (corrette) su dove si trovasse il corpo

⁴²³ Cfr. L. Berra, F. Iacono, M. Persichella, *La pedofilia nella storia: tra normalità e patologia*, 1998

⁴²⁴ «Questo aspetto risulta tutt'altro che secondario se si considera la natura dei rapporti tra fonti dell'informazione, diffusione delle conoscenze, persistenza degli stereotipi e dei pregiudizi, scarsa propensione, in linea generale, al dubbio e alla critica» (E. Calvanese, *Pena riabilitativa e mass media. Una relazione controversa*, Milano, 2003, p.50)

⁴²⁵ «Infatti, dall'estate del 1996 il fenomeno ha conquistato con forza le prime pagine dei giornali. La pedofilia, lo sfruttamento di minori a fini sessuali [...] sono entrati in maniera prorompente negli studi televisivi, nelle redazioni giornalistiche [...] ed i mass media hanno da subito rivestito il ruolo di principale veicolo di divulgazione» (R. Palumbo, *La pedofilia oggi, il caso Firenze. I luoghi, i tempi, e i modi dello sfruttamento minorile a fini sessuali*, Tirrenia, 1998, p.125)

⁴²⁶ Cfr. A. Quadrio, E. Camussi, E. Zucchi, *Il caso di Marcinelle nei quotidiani italiani*, in De Cataldo Neuburger L. (a cura di), *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, Padova, 1999

⁴²⁷ In Riv. giur., “L'altro diritto”

⁴²⁸ Abitava a Casale, un paesino vicino a Foligno

del bambino e l'avvertimento che la propria azione omicida non si sarebbe fermata lì⁴²⁹.

Qualche giorno dopo venne trovato nella stessa cabina telefonica un altro messaggio, scritto con gli stessi caratteri, e con un tenore di compiaciuto scherno nei confronti di coloro che svolgevano le indagini, nel quale annunciava che presto avrebbe ricomesso un altro omicidio.

Si giunse così al 7 agosto 1993, quando scomparve di casa un ragazzo di tredici anni. La polizia, memore dell'accaduto dell'anno precedente, intraprese immediatamente le ricerche, alle quale partecipò quasi tutto il paese, compreso lo stesso Luigi Chiatti.

Il cadavere venne in breve tempo ritrovato vicino al ciglio di una strada, da dove evidenti scie di sangue conducevano proprio ad una finestra dell'abitazione di Chiatti. La polizia fece subito irruzione nella casa: il pavimento era stato da poco lavato, ma in maniera grossolana, tanto da lasciar intravedere ancora macchie di sangue. Diverse tracce ematiche furono rinvenute anche in altre parti dell'abitazione. Furono altresì sequestrati taluni oggetti, tra cui un orologio al quarzo, il quale, poco dopo, fu riconosciuto dai genitori di una delle vittime.

Il giorno seguente, l'8 agosto, Chiatti confessò.

Durante l'interrogatorio spiegò per filo e per segno ogni aspetto dal proprio agire, il quale era mosso da una ineluttabile pulsione sadico-sessuale nei confronti delle giovani vittime.

Seguirono due sentenze di condanna. La Corte d'Assise di Perugia nel dicembre del 1994 pronunciò il proprio verdetto; ergastolo con isolamento diurno per due anni. L'11 aprile 1996 la Corte d'Assise d'Appello, basandosi sui risultati delle perizie, ritenne l'imputato parzialmente capace di intendere e di volere, decretando la conseguente diminuzione di pena; trent'anni e il ricovero in una Casa di Cura e di Custodia per un periodo non inferiore ai tre anni.

⁴²⁹ Testualmente: «Aiuto! Aiutatemi per favore. Il 4 ottobre ho commesso un omicidio. Sono pentito ora, anche se non mi fermerò qui [...]».

In primo grado Chiatti fu ritenuto affetto da un disturbo della personalità, il quale secondo i giudici di prime cure non poteva portare a ritenere il reo affetto da una “malattia”⁴³⁰.

Mentre i giudici d’Appello motivarono la propria decisione partendo proprio dall’imputabilità di Chiatti, il quale venne ritenuto affetto da «grave e profonda immaturità delle strutture di personalità, che si manifesta attraverso il disturbo narcisistico di personalità, con pedofilia e con tratti sadici-schizzoidi, paranoide-ossessivi e fobici». Tali disturbi, però, non convinsero i giudicanti a considerare il reo completamente sfornito della capacità di intendere e di volere e nonostante l’avvertimento dell’imputato stesso «se esco, uccido ancora» optarono per una pronuncia che inesorabilmente si pone a metà strada tra i due percorsi predisposti dal legislatore per tutelare la collettività (pene-misure di sicurezza).

Non era facile emettere un verdetto riguardante fatti così deprecabili, e di certo non fu d’ausilio per i giudici la fredda lucidità con la quale Chiatti descrisse minuziosamente ogni suo comportamento, poiché essa era l’inequivocabile prova che il reo era pienamente capace di intendere. Viceversa, sembra doveroso sottolineare, appariva completamente incapace di volere.

Sfortunatamente quello di Chiatti non è l’unico episodio del genere che ha afflitto il nostro paese, come quest’ultimo sono da ricordare il “mostro” di Firenze, o il caso della piccola Fortuna, abusata e uccisa (insieme ad altri 4 bambini) a Caivano, vicino Napoli, nel 2016.

Ovviamente non ogni abuso su minore si consuma in tragedia; vicende, nelle quali le violenze sessuali sono di marginali dimensioni, sono molto comuni, e, anzi, rappresentano la maggior parte degli episodi in tal contesto.

Il vero problema, come più volte nel corso di questa trattazione è emerso, è il corretto inquadramento dell’affezione e l’adeguatezza della conseguente risposta

⁴³⁰ I fatti sono precedenti alla sentenza Raso (2005) con la quale, si ricorda, viene stabilito il principio secondo il quale ai fini dell’accertamento della capacità di intendere e di volere non è più necessario che il disturbo appartenga ad un quadro nosologico ben preciso, rilevando a tal uopo anche un semplice disturbo della personalità, purché esso sia consistente, intenso, grave e eziologicamente collegato al fatto di reato.

sanzionatoria. Sono moltissimi i casi di pedofili abusanti recidivi; forse, proprio perché il carcere quando si è in presenza di un disturbo, che saltuariamente, può assumere profondità tali da compromettere le capacità volitive dei soggetti affetti, non risponde alle sue esigenze precipue. Anzi, ben potrà manifestarsi l'effetto opposto, infatti, chi non è in grado di resistere a talune pulsioni, non sarà dissuaso dall'agire (in riferimento al ricordo della propria esperienza detentiva), ma bensì, si ingegnerà nel cercare un modo migliore per "farla franca". Sicché, contrariamente a quanto pensato dai più, non sempre la massima pena garantisce alla collettività una tutela superiore.

CAPITOLO III

Funzione della pena fra prevenzione e rieducazione

1. Un approccio alla materia costituzionalmente orientato

La dottrina penalistica, «dai suoi albori fino ad oggi, si è chiesta e si chiede quale sia la funzione che la pena deve svolgere. Evidentemente, il problema si presta ad un dibattito assai vivace, concernendo, in fondo, la stessa ragion d'essere del diritto penale e coinvolgendo anche profili extragiuridici»⁴³¹.

A tal uopo sembra opportuno, per meglio comprendere la natura della sanzione penale, approfondire quelle che generalmente sono riconosciute come le “teorie della pena”; la funzione retributiva, general preventiva e special preventiva.

La concezione più antica è la c.d. teoria retributiva della pena, secondo la quale il rimprovero comminato dallo Stato nei confronti del reo trova la propria ragion d'essere (e, quindi, giustificazione) nel comportamento dell'agente; chi si comporta male, commettendo un reato, deve subire un male, e di conseguenza, scontare una pena⁴³². Secondo tale assunto, «la pena non è altro che una ricompensa [...]. Il reo ha violato un comando dell'ordine giuridico: egli merita un castigo e deve essere punito»⁴³³.

Tale pensiero può essere inteso sia in senso morale che in senso giuridico.

⁴³¹ AA.VV. *Diritto penale parte generale*, cit., p. 361

⁴³² Come felicemente osservato da Ugo Grozio: «*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*»

⁴³³ F. Antolisei, *Diritto penale parte generale*, cit., p. 683

Secondo l'accezione morale, di cui è valido esponente il filosofo Immanuel Kant⁴³⁴, al bene segue il bene e al comportamento antisociale la reazione sociale negativa. L'uomo è responsabile delle proprie azioni⁴³⁵, e di conseguenza è giusto che sia premiato per bene fatto e punito per il male recato⁴³⁶. La punizione del colpevole è «un imperativo categorico, che trova in sé la sua giustificazione, senza bisogno di richiederla in qualsiasi utilità sociale esterna»⁴³⁷, poiché appartiene indistintamente alla morale propria di ogni consociato.

Viceversa la retribuzione giuridica⁴³⁸ non individua il fulcro della pena nella coscienza umana, ma, bensì, nell'ordinamento giuridico stesso; pertanto la sanzione non ha più come fine primario la "retribuzione" del male commesso, ma tuttalpiù, il ribadire con fermezza l'autorità della legge, offesa dalla commissione del delitto.

La pena⁴³⁹, perciò, si giustificherebbe per un'esigenza riposta nell'ordinamento stesso.

Tale teoria si contraddistingue in quanto spiega i propri effetti prevalentemente verso il passato. Emerge, di conseguenza, una finalità repressiva del concetto di "retribuzione".

In senso contrario si distingue la concezione della "prevenzione", la quale si articola in "generale" e "speciale".

La funzione general preventiva, come detto, volge i propri effetti verso il futuro; lo Stato in un primo momento minaccia l'applicazione di una pena (allorquando siano commessi fatti di reato) per poi, in un eventuale secondo momento, applicarla. «Il legislatore, col minacciare una pena, la quale per sua natura implica

⁴³⁴ Si veda; E. Kant, *La dottrina del diritto*, trad. it., Milano, 1916

⁴³⁵ Infatti, la teoria della retribuzione si fonda sul concetto di "libero arbitrio"

⁴³⁶ "*Quia peccatum est*" (Perché è stato commesso un delitto)

⁴³⁷ F. Mantovani, op. cit.

⁴³⁸ Che annovera tra i suoi più celebri rappresentanti il filosofo Friedrich Hegel; Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. Bari, 1913

⁴³⁹ La pena, in quanto tale e in quanto costituzionalmente orientata, presenta dei caratteri ben definiti: *-personalità*; essa colpisce solo l'autore del reato; *-legalità*; essa è inflitta solo nei casi previsti dalla legge, dall'Autorità Giudiziaria e può essere revocata solo nei casi stabiliti dalla legge (amnistia indulto grazia); *-inderogabilità*; una volta minacciata, la pena, è sempre applicata all'autore del reato; *-proporzionalità*; essa è altresì proporzionata al fatto.

sempre una sofferenza, mira ad esercitare sui consociati una coazione psicologica affinché si astengano dal violare il comando»⁴⁴⁰.

Sicché l'intento del legislatore pare proprio quello di avvalersi della pena per inibire chiunque dal commettere un reato; pertanto, la funzione che si attribuisce alla pena in questo momento è proprio quella della *prevenzione generale dei reati*.

Quest'ultima si differenzia dalla prevenzione "speciale" in quanto è rivolta *erga omnes*, mirando a dissuadere chiunque (è, quindi, rivolta ad *incertam personam*) dal compiere dei reati, mentre la prevenzione speciale è rivolta nei confronti del soggetto che già ha commesso un reato: «la pena svolge, infatti, una funzione di prevenzione speciale nella misura in cui essa riesce effettivamente ad impedire che il condannato ritorni a delinquere»⁴⁴¹.

Quello di *special prevenzione*, dunque, è un concetto più affine all'alveo delle misure di sicurezza, le quali, per l'appunto, mirano a neutralizzare la pericolosità sociale dell'agente, cercando di evitare che lo stesso possa ricommettere un reato.

L'assunto, (secondo il quale la funzione precipua della pena è quella della general prevenzione), sembra altresì avvalorato dalla stessa Relazione ministeriale al codice, la quale, appunto, attribuisce alla funzione "satisfattoria" (quindi retributiva) una veste meramente strumentale rispetto all'obiettivo primario della prevenzione generale⁴⁴².

Le funzioni e le qualità proprie della pena (così come noi le conosciamo) sono state scolpite e ridefinite dalla Costituzione. La caduta del regime fascista

⁴⁴⁰ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p.691

⁴⁴¹ AA.VV., *Diritto penale, parte generale*, cit., p.303; sul punto precisa altresì: «Scriveva Cesare Beccaria: «Il fine delle pene non è di tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso [...]. Il fine dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali». Così, con la sua solita concisione, l'autore della celebre opera "*Dei delitti e delle pene*" ripudiava la teoria della retribuzione, attribuendo alla pena finalità meramente preventive».

⁴⁴² Relazione Ministeriale al codice: «*Delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch'essa in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie [...].*»

comportò, nell'ambito del diritto penale, il superamento della vecchia logica meramente repressiva; esempio significativo in tal senso fu la graduale abolizione della pena di morte. «L'espressione più alta di tale mutamento della politica criminale è da rinvenirsi nell'articolo 27 della Costituzione»⁴⁴³, il quale sancisce i principi della personalità della responsabilità penale, dell'umanizzazione della pena (e della conseguente inammissibilità della pena di morte) ed il principio secondo il quale la pena deve tendere alla rieducazione del condannato⁴⁴⁴.

Inizialmente, il primo comma del suddetto articolo, era inteso in un'accezione minimale, tesa ad escludere la *responsabilità per fatto altrui*.⁴⁴⁵ Ma in un secondo momento, e in seguito alla storica sentenza n. 364 del 1988, venne dichiarata la parziale incostituzionalità dell'articolo 5 del codice penale⁴⁴⁶, e delineata un'accezione estesa del suddetto principio; la responsabilità personale viene ora intesa come *responsabilità per il fatto proprio colpevole*, grazie al quale, altresì, si attribuì rilevanza costituzionale al principio di colpevolezza.

Al terzo comma l'articolo 27 Cost. sancisce la regola secondo cui “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*”; la c.d. “umanizzazione” della pena.

Pertanto, secondo la Costituzione, la pena, pur potendo comportare il sacrificio della libertà personale del reo, non può offenderne la dignità di persona umana né può violare il suo diritto alla vita (“non è ammessa la pena di morte”). Il costituente ha, quindi, voluto bandire ogni trattamento disumano e crudele nei confronti del condannato⁴⁴⁷; tale scelta è senz'altro apprezzabile, in quanto ripudiare l'utilizzo di strumenti afflittivi eccessivamente gravosi e vituperanti non

⁴⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴⁴ Art. 27 Cost.: «*La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte*».

⁴⁴⁵ Corte Cost., 8 luglio 1957, n.107

⁴⁴⁶ «*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*» (Corte Cost. n.364/1988)

⁴⁴⁷ Come le pene corporali, infamanti e trattamenti carcerari crudeli.

risponde solo ad esigenze di armonia comunitarie e/o internazionali⁴⁴⁸, ma principalmente richiama a un comune senso di civiltà.

È conveniente precisare che tale principio (della c.d. umanizzazione della pena), tuttavia, presenta una duplice natura; infatti, esso, può essere inteso sia in senso “assoluto” che “relativo”.

«Da un lato, il principio di umanità ha carattere assoluto nel senso che il limite che esso pone allo Stato nelle previsione legislativa delle tipologie sanzionatorie è inderogabile, non essendo in alcun modo e per nessuna ragione giustificabili delle pene inumane, [...] dall'altro lato, però, il contenuto di tale principio non può che essere relativo. Nel senso che il livello in cui si colloca quella soglia minima di umanità non può che dipendere dalle condizioni e dalla sensibilità sociale di un certo periodo storico e di una determinata area culturale».⁴⁴⁹

Sembra quindi potersi concludere che il principio di umanizzazione della pena assurge a limite invalicabile delle istanze punitive dello Stato.

Il terzo comma dell'articolo 27, però, stabilisce un ulteriore principio; “*le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato*”.

L'idea proposta da tale disposizione, cioè della risocializzazione del condannato, rappresenta la più moderna rappresentazione del pensiero e delle esigenze special preventive.

Nonostante la norma in questione faccia riferimento alla sola funzione rieducativa della pena (“*devono tendere alla rieducazione*”), la concezione dominante, fatta propria dalla Corte Costituzionale, è quella c.d. “polifunzionale”; il principio rieducativo «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ In ambito internazionale tale principio trova enunciazione nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), nella Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (Roma 1950), la Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura e delle Pene o Trattamenti Inumani o Degradanti (1987) ecc..

⁴⁴⁹ F. Palazzo, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2016, p.44

⁴⁵⁰ Così Corte Cost., sent. n.12 del 1966

«Dietro la concezione polifunzionale della pena sta il tentativo di conciliare da un lato la tutela della società mediante prevenzione generale, e dall'altro l'esigenza personalistica di salvaguardare la persona del reo come persona umana»⁴⁵¹. Tuttavia, tale concezione rieducativa/personalista del reo poneva il problema della legittimità di alcune tipologie di pene che ontologicamente risultano sfornite di qualsiasi contenuto rieducativo, come l'ergastolo e la pena pecuniaria.

Per quanto riguarda la prima, significative risposte si rinvennero nella sentenza n. 264 del 1974⁴⁵², nella quale si riconobbe la compatibilità con il parametro in esame (funzione rieducativa della pena) con la predisposizione da parte del legislatore della sanzione del "carcere a vita" sulla base del «possibile reinserimento nel consorzio civile per effetto della liberazione condizionale, come sottolineato da questa Corte nella sentenza n. 264 del 1974»⁴⁵³, in quanto abbia provato il proprio "sicuro ravvedimento" e in considerazione della portata general preventiva/dissuasiva che in concreto esercita tale previsione nei confronti di soggetti altamente proclivi al delinquere (non altrimenti o difficilmente "domabili").

Per quanto riguarda la pena pecuniaria, invece, essa pare difficilmente riconducibile ad una nozione di sanzione rieducativa, «niente però impedisce di accogliere una più ampia accezione di rieducazione, intesa, cioè, quale acquisita consapevolezza da parte del reo dei valori disattesi col suo comportamento»⁴⁵⁴ punito, appunto, dall'attribuzione di una sanzione che comunque rimane "penale".

Il legislatore, però, non ha costruito il sistema penale/sanzionatorio sulle fondamenta delle sole pene in senso stretto, ma secondo il sistema del c.d. "doppio binario": pene e misure di sicurezza.

⁴⁵¹ In rivista internet giur. "prontoavvocato"

⁴⁵² Così la Corte; «*la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che le pene abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale. [...] funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. [...] la Corte non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi [...]*»

⁴⁵³ Corte Cost. sent., n.274 del 1983

⁴⁵⁴ In rivista internet giur. "prontoavvocato"

«Si tratta di un complesso di istituti [le misure di sicurezza] pensati in chiave di risposta ad autori di reato pericolosi, per i quali la pena classicamente intesa o non sia applicabile (autori di reato non imputabili) o sia ritenuta insufficiente»⁴⁵⁵.

La scelta operata dal legislatore del '30 ebbe il merito, altresì, di sanare i contrasti tra la c.d. Scuola Classica, che propugnava un'idea di retribuzione/afflizione strettamente connessa al libero arbitrio dell'agente, e la Scuola Positiva, che invece, respingeva l'idea retributiva della pena (in quanto negavano il libero arbitrio), e indicava, al contrario, un sistema di misure *ad hoc* per il “tipo di delinquente”, aventi ad oggetto finalità terapeutiche (per chi poteva essere curato) ovvero neutralizzanti (rispetto a chi fosse ritenuto irrecuperabile).

Tale sistema (del doppio binario) «prevede, accanto ed in aggiunta alla pena tradizionalmente inflitta sul presupposto della colpevolezza, una misura di sicurezza, vale a dire una misura fondata sulla pericolosità sociale del reo e finalizzata alla sua risocializzazione»⁴⁵⁶. Siffatto impianto riunisce e gestisce il delicato rapporto che intercorre fra prevenzione generale, funzione affidata alla pena, e prevenzione speciale, assegnata alle misure di sicurezza.

Sicché tramite tale “correlazione”, che non necessariamente vede i due istituti alternarsi fra loro⁴⁵⁷, il legislatore è riuscito (quanto meno formalmente) a tutelare in maniera equilibrata ed egualitaria, tanto i rei capaci di intendere e di volere, quanto chi, sfornito delle predette qualità, commetta un fatto di reato.

Per cui, accanto ad un fine, prevalentemente teso alla rieducazione, della pena, si inserisce altresì uno strumento volto alla risocializzazione, di chi, non ontologicamente rieducabile, ha comunque egual diritto a “confondersi” nella comunità.

Il sistema, ora fugacemente tratteggiato (ma in seguito meglio approfondito), presenta, purtroppo, sul piano pratico innumerevoli difficoltà, le quali, in ogni caso, non ne impoveriscono l'idea di fondo.

⁴⁵⁵ D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2013, p.460

⁴⁵⁶ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.648

⁴⁵⁷ In quanto ben possono coesistere; infatti ad un medesimo soggetto, imputabile e pericoloso, potrà essere dapprima applicata una pena e successivamente una misura di sicurezza.

2. Accertamento del vizio di mente

Momento centrale circa il giudizio sull'imputabilità è senz'altro l'accertamento del vizio di mente. Quest'ultimo è strutturato su due livelli ben distinti, ma necessariamente legati tra loro: il livello empirico ed il livello normativo.

Il giudice di merito «non possiede le specifiche competenze tecniche per valutare l'effettiva sussistenza di uno stato psichico alterato; pertanto, rimette al perito la suddetta valutazione»⁴⁵⁸.

Il soggetto preposto circa l'accertamento "preliminare" del vizio di mente, quindi, è l'esperto, cioè il perito, che sovente sarà uno psichiatra o uno psicologo; quest'ultimo avrà il compito di verificare la presenza o meno di un disturbo o di un'infermità nel soggetto imputato, per poi condividere il risultato del lavoro, corredato dal proprio parere, con il giudice.

La perizia, viene annoverata fra i mezzi di prova. È, pertanto, collocata all'art. 220 ss. del codice di procedura penale, il quale dispone, per l'appunto: «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche». Sicché, il parere deve essere necessariamente chiesto ad un esperto di una determinata materia⁴⁵⁹, la cui conoscenza specifica esula dal sapere richiesto al giudice.

«La perizia psichiatrica, però, risulta al centro di un acceso dibattito data la funzione che essa svolge in sede processuale. I punti di frizione sono molteplici»⁴⁶⁰. Un primo problema ha ad oggetto la *consecutio* nella quale l'accertamento stesso viene effettuato; infatti, generalmente, esso verrà compiuto in un tempo molto successivo ai fatti oggetto del processo. Ciò comporta che al perito viene attribuito, il non semplice compito, di ricostruire un'ipotetica

⁴⁵⁸ D. Casagrande, L. Toresini, E. Venturini, *Il folle reato, il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, Milano, 2010

⁴⁵⁹ Ai sensi dell'art. 221 c.p.p.: «il giudice nomina il perito scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi o tra persone fornite di particolare competenza nella specifica disciplina [...]. Il giudice affida l'espletamento della perizia a più persone quando le indagini e le valutazioni risultano di notevole complessità ovvero richiedono distinte conoscenze in differenti discipline [...]».

⁴⁶⁰ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.41

condizione passata di infermità, in quanto la valutazione psichiatrica dovrebbe essere fatta retrospettivamente.

Per superare, almeno parzialmente, tale difficoltà, il diritto processuale «nella prima fase del processo, per rendere il più vicino possibile l'analisi dell'agente al tempo della commissione del fatto, si potrà formulare una perizia attraverso l'incidente probatorio, ex art. 392 c.p.p., e valutarla nella seconda fase⁴⁶¹ del processo».⁴⁶²

Ulteriore problematica in riferimento alla perizia è ravvisabile nel comportamento stesso dell'agente; infatti, questi, spesso non ammette di aver commesso i fatti addebitati. Quindi, in tali situazione i contenuti della perizia saranno esclusivamente (o quasi) forniti dai soli atti giudiziari, il che “costringerà” il perito «ad effettuare un'opera di interpretazione, talvolta anche forzata, degli atti stessi»⁴⁶³; con la conseguenza che «la perizia risulta essere priva di validità scientifica»⁴⁶⁴.

Infine, elemento che è in grado di influire sul buon esito della perizia è il contesto nel quale essa viene effettuata: il carcere. Talvolta tale luogo di coercizione fisica può, specialmente nei riguardi di soggetti “instabili”, ingenerare ansie, turbamenti psichici, che sommati alle modalità (coatta) con quali di solito il periziando viene esaminato, ben può alterarne i risultati (della perizia).

Successivamente (all'accertamento “empirico”), accertata la presenza di un disturbo o un'infermità (prescindendo sia dalle valutazioni di carattere personale e sia dalla sussistenza dei requisiti fondanti del reato⁴⁶⁵), spetterà al giudice, invece,

⁴⁶¹ Un'altra teoria, invece, sottolinea che sarebbe metodologicamente più corretto visitare il sospetto reo nell'immediatezza del fatto, subordinando tale valutazione all'accertamento positivo del giudice del nesso di causalità tra il fatto e l'evento; T. Bandini, G. Rocca, *La psichiatria forense e il “vizio di mente”: criticità attuali e prospettive metodologiche*, Riv. it. medicina legale, 2010, pp. 415

⁴⁶² M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, Riv. it. dir. proc. pen., 2008, pp. 1170

⁴⁶³ E. Salerno, *op. cit.*, p.41

⁴⁶⁴ F. Carrieri, R. Catanesi, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, Riv. it. medica legale, 2015

⁴⁶⁵ G. Giusti, *Trattato di medicina legale e scienze affini, IV Genetica, psichiatria forense e criminologia, medicina del lavoro*, Padova, 2009

decidere se l'affezione eventualmente emersa abbia concretamente influito sulla capacità di intendere e di volere (al momento del fatto) dell'agente.

Il vizio (totale o parziale) di mente deve essere oggetto di un accertamento in concreto da effettuarsi da parte del giudice con riferimento al momento in cui il fatto è stato commesso. Inoltre, l'infermità mentale va valutata in relazione a ciascun reato e non può essere desunta in base ad un precedente proscioglimento per vizio di mente⁴⁶⁶.

È opportuno specificare che non è necessario per il giudice l'esperienza di un'apposita perizia ogni qual volta sia chiamato ad accertare la presenza o meno di un vizio di mente; in quanto l'indagine sulle predette capacità (di intendere e di volere, appunto) non vincola sempre il giudice a particolari analisi tecnico-specialistiche, ma potrà essere affidata alla sua diretta valutazione, per la quale sarà esperibile l'utilizzo di ogni mezzi a sua disposizione.

Altresì è da sottolineare che il giudice, in quanto "*peritus peritorum*" non è vincolato agli esiti della perizia, dalla quale ben potrà discostarsi ma motivandone il "proprio contrario avviso"⁴⁶⁷.

Il magistrato, segnatamente, partecipa in maniera non inferiore a quella dell'esperto in relazione ai predetti accertamenti, ed anzi, il presupposto affinché si possa conseguire il miglior risultato possibile è che i protagonisti dei due momenti valutativi, quello "empirico", e quello "normativo", non si "pestino i piedi a vicenda", cioè non cerchino di prevalere l'uno sull'altro, ma integrino reciprocamente il proprio sapere e le proprie competenze, evitando di sovrapporre i rispettivi contributi.

⁴⁶⁶ Cass. sent. n. 21826 del 2014: «L'infermità mentale non costituisce uno stato permanente ma va accertata in relazione alla commissione di ciascun reato e, conseguentemente, non può essere ritenuta sulla sola base di un precedente proscioglimento dell'imputato per totale incapacità di intendere e di volere in altro procedimento».

⁴⁶⁷ Cass. sent. n. 43923 del 2013: «Nel valutare la perizia psichiatrica, il giudice, quale "*peritus peritorum*", per discostarsi dalla conclusioni dei periti che ritenga inattendibili, ha l'obbligo di motivare il proprio contrario avviso ed, in particolare, in relazione alla diagnosi peritale, di esaminare l'iter diagnostico seguito dei periti e verificare se la conclusione da questi raggiunta sia fondata su dati fattuali corretti».

2.1 Il rapporto tra scienza e giudice

La problematica dell'imputabilità è «fortemente condizionata, storicamente, dal modo d'atteggiarsi dei rapporti tra giustizia penale e scienze psichiatriche»⁴⁶⁸.

La *ratio* degli articoli 88 e 89 del codice penale, come tratteggiato in precedenza, dovrebbe essere quella di tutela i soggetti incapaci di intendere e di volere, predisponendo per loro un diverso regime di trattamento a seguito della commissione di un fatto di reato. «Partendo da tale assunto si coglie l'importanza del giudizio di imputabilità⁴⁶⁹, in quanto è attraverso di esso che il soggetto viene dichiarato più o meno capace di intendere e di volere, con le relative conseguenze sul piano processuale»⁴⁷⁰.

La scienza psichiatrica e psicologica, ben lungi dall'essere giunta all'individuazione di fondamenti metodologici generalmente riconosciuti (e certi) sui quali basare le proprie diagnosi, ingenera un senso di incertezza, che si avverte ancor maggiormente quando tali scienze valicano i loro confini di categoria e approdano nel processo penale. La difficoltà risiede nel riuscire a far conciliare l'attività clinica e terapeutica con l'accertamento giudiziario.

A ciò, si aggiunga che, i quesiti peritali a cui gli esperti devono dar risposta, sono prettamente giuridici e non psichiatrici per cui 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»⁴⁷¹.

Sicché, per limitare le difficoltà di questa collaborazione “forzata” è determinante che intercorra tra l'organo giudicante e il perito una quanto più intensa cooperazione. Il perito dovrà, a tal uopo, provvedere alla propria formazione, sia

⁴⁶⁸ M. Foucalt, *Io, Pierre Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, 1976

⁴⁶⁹ M. T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in Riv. internet “penalecontemporaneo”, p.6; Come visto (§ 2), tale giudizio è composto da due momenti, «uno criminogenetico, teso alla diagnosi del disturbo e alla sua classificazione, l'altro criminodinamico, finalizzato a comprendere come esso abbia influenzato la capacità di intendere e di volere del soggetto agente al momento del fatto»

⁴⁷⁰ E. Salerno, op. cit., p.50

⁴⁷¹ C. Heilbrun, *The role of psychological testing in forensic assessment. Law and human behavior*, 1992, p.257

tecnico-scientifica che giuridica (visto l'ambito operativo), mentre per quanto riguarda i giudici, essi, dovranno «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»⁴⁷² e, per questo, il più possibile attendibile, nonché, dovranno accertarsi circa l'effettiva professionalità, esperienza e competenza dell'esperto.

Il punto d'equilibrio tra scienza e discrezionalità del giudice può essere collocato nei limiti in cui il giudice, nonostante sia per definizione "*peritus peritorum*", può arrogarsi o meno il diritto di discostarsi dalle risultanze della perizia.

Infatti, come sottolineato nel paragrafo precedente, il giudice, in quanto monarca del regno processuale, non è vincolato ad attenersi agli esiti della valutazione del perito⁴⁷³, a meno che non vi sia «concordanza dei risultati raggiunti dagli psichiatri incaricati dalle diverse parti processuali, circostanze in cui non avrebbe senso contraddire la conclusione peritale»⁴⁷⁴.

Inoltre, a quest'ultimo (il giudice) non sarà chiesto di far proprie competenze destinate ai lumi dei soli esperti, ma piuttosto di farsi garante e tutore del "metodo" scientifico che è alla base dell'attività diagnostica del perito. «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 loro validità ma nello stesso tempo adeguarsi alla loro conclusione se è correttamente costruita»⁴⁷⁵; ma per fare proficuamente quanto detto è necessario che esso consegua una maggiore "specializzazione" attraverso lo studio dei fondamenti epistemologici e metodologici delle scienze moderne⁴⁷⁶.

⁴⁷² M. T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.18

⁴⁷³ Purché ne dia motivazione (Cass. 43923/2013)

⁴⁷⁴ M. T. Collica, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, cit., p.1191

⁴⁷⁵ M. T. Collica, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, cit., p.18

⁴⁷⁶ Tale auspicio probabilmente rimarrà disatteso, poiché è prassi l'assegnare i processi in modo casuale, impedendo di fatto al giudice di acquisire competenze specifiche in un ambito che può risultare anche altamente complesso.

Ovviamente non è richiesto ai giudici di acquisire un sapere pari a quello degli esperti, ma quantomeno da «saper valutare il metodo utilizzato, [...] per diventare critici consumatori della scienza esistente»⁴⁷⁷.

Solo così facendo si può giungere ad un'armonizzazione fra i due momenti, diagnostico e valutativo, dell'analisi sulla capacità di intendere e di volere, i quali nascono dal rapporto dialettico tra giudice e perito, per poi sostanziarsi in un giudizio di imputabilità scientificamente orientato.

3. La pericolosità sociale

In riferimento al concetto di pericolosità sociale, il codice dispone: «*agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso uno dei fatti indicati nell'articolo precedente*⁴⁷⁸, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati»⁴⁷⁹.

L'articolo 203 del codice penale è chiaro nel tratteggiare i contorni e le qualità dell'individuo pericoloso⁴⁸⁰; per pericolosità sociale (o criminale) deve intendersi «un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità o meno che egli commetta nuovi reati»,⁴⁸¹ quando abbia già commesso «uno dei fatti indicati nell'articolo precedente»⁴⁸².

Nella definizione fornita dall'art. 203 «ricorrono un elemento indiziante e un elemento indiziato. L'elemento indiziante [...] è l'aver commesso, in linea di

⁴⁷⁷ M. Bertolino, "Normalità" del male e patologia mentale, in *dir. pen. proc.*, 2007, p.289

⁴⁷⁸ La norma fa riferimento all'articolo 202 del codice penale, il quale intende come "fatti" un «*un fatto preveduto dalla legge come reato*»

⁴⁷⁹ Art. 203, primo comma, c.p.

⁴⁸⁰ L'importanza della pericolosità nel nostro ordinamento si evince, oltre che dalla sua natura di presupposto circa l'applicazione di una misura di sicurezza, dagli inasprimenti di pena che il legislatore ha previsto nei casi di recidiva (art. 99 c.p.), professionalità (art. 105 c.p.), abitualità (artt. 102, 103, 104 c.p.) e tendenza (art. 108 c.p.) a delinquere.

⁴⁸¹ AA.VV, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.349

⁴⁸² O in alternativa se abbia commesso un "quasi-reato". Con tale espressione si fa riferimento sia alle ipotesi di reato impossibile (art. 49 c.p.) sia alla fattispecie di cui all'art. 115 c.p. (accordo per commettere un reato) nel caso di accordo non eseguito o istigazione a commettere un delitto, se l'istigazione non viene accolta.

principio, un reato. Vi è poi un elemento indiziato, quello verso il quale il giudizio si proietta, quando è probabile che commetta [l'agente] nuovamente fatti preveduti dalla legge come reato. Quindi sia l'indiziante che l'indiziato sono costituiti da illeciti penali»⁴⁸³: proprio perché il legislatore ha racchiuso il giudizio di pericolosità nell'alveo del fatto penalmente rilevante, infatti, sarebbe più corretto parlare di pericolosità "criminale" piuttosto che "sociale". Non ogni persona che commette un reato deve, però, ritenersi socialmente pericolosa: i reati meno gravi, come le contravvenzioni, non sono necessariamente sintomi di pericolosità; «si pensi, inoltre ai delinquenti occasionali, per i quali la pericolosità spesso non esiste, essendo il delitto dovuto più a circostanze esterne, difficilmente ripetibili, che alle qualità dell'individuo»⁴⁸⁴.

Tale "qualità" o inclinazione, come evidenzia anche l'articolo stesso (art. 203 c.p.), può appartenere indifferentemente tanto ad un soggetto capace, quanto ad un incapace di intendere e di volere; segnatamente, all'imputabile socialmente pericoloso sarà applicata una misura di sicurezza in aggiunta alla pena, mentre al soggetto sfornito delle predette capacità (di intendere e di volere, appunto) potrà essere impiegata solo ed unicamente una misura di sicurezza.

La pericolosità sociale (criminale) va, altresì, distinta dalla mera capacità criminale. Mentre la prima è strettamente connessa a valutazioni di tipo probabilistico, appunto, sulla probabilità che un soggetto commetta un fatto di reato (in particolare sull'elevata possibilità), la seconda si distingue per la propria indipendenza dal grado di possibilità che si verifichi un fatto criminoso. «Ne deriva che la pericolosità criminale è la probabilità di divenire autore di un reato e, in tal senso, è la molto rilevante attitudine di una persona a commettere un reato»⁴⁸⁵.

⁴⁸³ T. Padovani, *Giustizia criminale, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2014, p.41

⁴⁸⁴ AA.VV, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.350

⁴⁸⁵ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.652

Tale “modo di essere del soggetto”⁴⁸⁶, come si vedrà nei paragrafi successivi (§4), è uno dei due presupposti, delineati dall’articolo 202 del codice penale, per giustificare l’applicazione di una misura di sicurezza⁴⁸⁷; da ciò si evince che il legislatore, al fine dell’applicazione di tali misure, pretendere un qualcosa in più rispetto alla mera possibilità che il soggetto commetta nuovamente un reato. «La pericolosità sociale corrisponde nelle misure di sicurezza a ciò che l’imputabilità è rispetto alla pena. Per applicare una pena bisogna che il soggetto sia imputabile, per applicare una misura di sicurezza bisogna che il soggetto sia pericoloso»⁴⁸⁸.

«Quale presupposto per l’applicazione delle “misure di sicurezza”, la categoria della pericolosità sociale è stata dal legislatore del ’30 recepita secondo la specifica elaborazione maturata nell’ambito del positivismo criminologico di fine Ottocento: in questo contesto teorico e culturale la pericolosità sociale viene quindi a coincidere con la probabilità che un soggetto, a causa dell’influenza esercitata dall’ambiente, commetta in futuro fatti di reato».⁴⁸⁹

Tale “sistema”, quindi, prende spunto dal concetto di “responsabilità sociale” caro alla corrente positivista, che prevedeva, successivamente al biasimo, l’applicazione di una misura volta ad assecondare le istanze/esigenze special preventive sostenute da tale Scuola. In siffatta accezione la pericolosità si pone come categoria antistante alla colpevolezza: essa (la colpevolezza) «presuppone una sufficiente signoria dell’individuo sulle proprie azioni, la prima invece [la pericolosità] riflette l’insieme delle inclinazioni che spingono il soggetto a delinquere in maniera pressoché necessitata»⁴⁹⁰.

Per cui il retroterra di tale istituto affonda le radici nel bisogno di tutela della collettività da possibili (probabili) ricadute del soggetto agente.

⁴⁸⁶ Cass. del 1990 n. 9572, la quale ha affermato che: «*la pericolosità sociale è una qualità, un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità che egli commetta nuovi reati. Essa si differenzia dalla capacità criminale, che esiste sempre in maniera più o meno accentuata, per il fatto stesso che il soggetto ha già commesso il reato e costituisce quindi una attitudine soggettiva alla commissione dei reati stessi*»

⁴⁸⁷ Il secondo presupposto è la commissione di «un fatto previsto dalla legge come reato»

⁴⁸⁸ T. Padovani, *Giustizia criminale, radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, cit., p.40

⁴⁸⁹ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.795

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

La pericolosità si distingue altresì dal reato. Essa (la pericolosità) non è altro che un particolare stato soggettivo che caratterizza un individuo proclive a commettere fatti considerati penalmente illeciti, il reato, invece, è comportamento umano che viola i comandi cristallizzati nelle norme della legge penale, inoltre; «mentre questo [il reato] costituisce un accadimento storicamente circoscritto, la pericolosità implica una situazione soggettiva durevole, anche se non necessariamente permanente»⁴⁹¹.

Sicché risultano essere cose del tutto differenti, le quali, tra l'altro, non esercitano alcuna vicendevole influenza; un reato rimane lieve anche se il reo è un soggetto pericolosissimo, mentre non cessa di essere grave ancorché l'autore non possa qualificarsi come pericoloso.

La pericolosità è stata definita all'inizio di tale paragrafo come un'inclinazione a commettere futuri fatti di reato; se ci si fermasse qui, però, si rischierebbe di coglierne solo gli aspetti psicologici, i quali risultano essere di per sé insufficienti. «Quest'ultima ha bisogno di una situazione esteriore in cui estrinsecarsi»⁴⁹². Di conseguenza la pericolosità sociale dovrebbe essere intesa più correttamente come un complesso di situazioni oggettive e soggettive che incidono sulla volontà del soggetto, inducendolo a commettere un fatto dannoso o pericoloso.

3.1 La recidiva e le altre forme tipizzate di pericolosità

Il legislatore, avvertendo l'esigenza di una risposta sanzionatoria più severa nei confronti di soggetti più pericolosi del normale, ha previsto agli articolo 99 c.p. e ss. alcune disposizioni costruite *ad hoc* per i rei che risultano, più o meno, proclivi a commettere un reato: la recidiva, l'abitudine, professionalità e tendenza a delinquere.

⁴⁹¹ F. Mantovani, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit.

⁴⁹² B. Petrocchi, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p.40

Recidiva⁴⁹³ «in genere significa “ricaduta”: nel diritto penale è la condizione personale di chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro»⁴⁹⁴. Sicché, per considerare un determinato individuo recidivo non sarà sufficiente aver commesso in precedenza un reato, ma bensì sarà necessario che la responsabilità dell’agente sia già stata accertata giudizialmente attraverso una sentenza passata in giudicato (art. 648 c.p.p.).

Le forme che può assumere la recidiva sono tre: semplice, aggravata e reiterata.

La recidiva c.d. “semplice, viene collocata all’interno del primo comma dell’art. 99 c.p., secondo il quale: «*chi dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo*».

Per tale forma di recidiva, quindi, sarà sufficiente solamente il fatto di aver commesso un illecito penale dopo l’aver già subito una condanna (irrevocabile) per un altro reato⁴⁹⁵.

Il codice, altresì, non fissa alcun termine al riguardo, pertanto il lasso di tempo intercorso tra la prima condanna e la commissione del secondo reato sarà ininfluenza. Infine, è doveroso aggiungere che, il giudice non è obbligato ad apportare l’aumento di pena previsto da tale disposizione, in quanto il reo “*può*

⁴⁹³ «Il recidivo in sostanza, non solo conosce la legge astratta e comprende il disvalore del fatto, ma attraverso la conoscenza della condanna, vale a dire attraverso la conoscenza di una concreta e specifica presa di posizione dell’ordinamento nei suoi confronti, acquisisce al proprio interno elementi che rafforzano il suo procedimento motivazionale nel senso del rispetto della legge. Con la conseguenza che la commissione di un nuovo reato dopo una precedente condanna esprime un procedimento motivazionale particolarmente restio a conformarsi alle norme. E da qui la maggiore colpevolezza con il conseguente aumento della pena»; In tal senso R. Bartoli, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

⁴⁹⁴ F. Antolisei, *op. cit.* p. 658

⁴⁹⁵ Per quanto concerne l’accertamento, «una volta accertata la sussistenza del presupposto della recidiva [l’aver commesso un altro fatto di reato], al giudice è data ampia discrezionalità nell’applicarla. In assenza di qualsiasi indicazione di diritto positivo, la giurisprudenza ha tentato di individuare il perimetro all’interno del quale va circoscritta tale discrezionalità. Essa trova un primo limite di natura formale, consistente nella necessità della contestazione della recidiva nel capo di imputazione e ciò a mente del principio di correlazione tra accusa e sentenza (Cass. pen. 7 luglio 2009, n. 37523). Sotto un profilo sostanziale, la giurisprudenza ha fatto ricorso, al fine di individuare il limite alla discrezionalità nell’applicazione della recidiva, a concetti quali la capacità a delinquere, e la pericolosità sociale (Cass. pen., 27 ottobre 2011, n. 5859)»; Così, L. Mazzanti, L. Loretto, in *Riv. giur. dir. proc. pen. Il penalista*, 2016.

essere sottoposto ad un aumento di un terzo” e non “*deve...*” necessariamente soggiacere a suddetto aggravio.

La recidiva, come sopra accennato, può altresì essere “aggravata”:

- se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;⁴⁹⁶
- se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
- se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l’esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all’esecuzione della pena.

Per quanto riguarda tale forma di recidiva, invece, l’aumento di pena può essere fino alla metà nel caso in cui vi sia solo una delle circostanze sopra menzionate, tuttavia, “*qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l’aumento di pena è della metà*”⁴⁹⁷.

Ultimo esempio di recidiva fornito dal codice è la come detta recidiva “reiterata”: nel caso in cui un soggetto, già dichiarato recidivo in precedenza, commetta un altro delitto non colposo la pena è aumentata della metà, nei casi di recidiva semplice, mentre l’inasprimento è di due terzi nel caso di recidiva reiterata⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Il legislatore, onde fugare qualsivoglia dubbio, specifica, ai sensi dell’art. 101 c.p., cosa si intenda per “reato della stessa indole”: «*agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni*».

⁴⁹⁷ Così l’art. 99 c.p. comma 3.

⁴⁹⁸ «*Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l’aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi*». (art. 99 c.p. comma 4)

Il legislatore, oltre alla recidiva, ha tipizzato altri profili di rei “pericolosi”: uno di essi, è il delinquente abituale.

Per abitudine criminosa, si intende quell’istinto biologico per cui un atto, man mano che si ripete «attenua sempre di più i freni inibitori e rende perciò più facile la commissione di reati»⁴⁹⁹.

Per potersi dire abituale nel commettere reati, «non basta una molteplicità di atti criminosi; occorre che la reiterazione abbia determinato nella psiche dell’autore l’effetto che le è proprio, rendendo più agevole l’esecuzione di simili atti»⁵⁰⁰.

Tale attitudine che dimostra il reo abituale, dipende non solamente da una propria innata predisposizione o inclinazione verso il reato, ma anche da un *quid* acquisito tramite la propria esperienza di vita. Sicché si potrà ben dire che il delinquente abituale non è altro che un soggetto che a seguito di una perseverante attività criminosa acquisisce un’elevata attitudine a commettere degli illeciti⁵⁰¹.

Tale soggetto, proprio per la propria spiccata tendenza a delinquere, è considerato assai “pericoloso”.

Il codice penale prevede e regola due tipologie di abitudine criminosa⁵⁰²: un’abitudine presunta dalla legge (art. 102 c.p.) ed una ritenuta dal giudice (art. 103 c.p.).

Ai sensi dell’articolo 102 c.p., l’abitudine è presunta dalla legge allorché: “[il reo] *dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta un’altra condanna per*

⁴⁹⁹ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 800

⁵⁰⁰ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.664

⁵⁰¹ Secondo Cass. 4 dicembre 1996, in Cass. pen. 1998, “*gli elementi determinanti per la declaratoria di abitudine sono l’omogeneità di natura dei reati commessi e la reiterazione della relativa condotta in tempi ravvicinati*”.

⁵⁰² In realtà ne può essere annoverata anche una terza: “l’abitudine nelle contravvenzioni” (art.104 c.p.). Ai sensi del poc’anzi detto articolo: “*chi, dopo essere stato condannato alla pena dell’arresto per tre contravvenzioni della stessa indole, riporta condanna per un’altra contravvenzione, anche della stessa indole, è dichiarato contravventore abituale, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del reo e delle altre circostanze indicate nel cpv dell’art. 133 c.p., ritiene che sia dedito al reato*”.

un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro i dieci anni successivi all'ultimo dei delitti precedenti"⁵⁰³.

Viceversa, per quanto riguarda l'abitualità ritenuta dal giudice, essa: "è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitto non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e della gravità dei reati, del tempo entro i quali sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p.⁵⁰⁴, ritiene [il giudice] che il colpevole sia dedito al delitto".

La dichiarazione di abitualità può essere pronunciata dal giudice in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena⁵⁰⁵ (ciò vale anche riguardo la dichiarazione di professionalità nel reato). La conseguenza principale circa la dichiarazione di abitualità criminosa, oltre agli aumenti di pena, consiste nell'applicazione di una misura di sicurezza, nonché dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici (oltre al divieto di applicazione della sospensione condizionale della pena)⁵⁰⁶.

Altra forma *sui generis* di pericolosità⁵⁰⁷, molto simile alla sopra citata abitualità nel reato, è la c.d. professionalità nel delinquere. Infatti, essa, si distingue dalla prima solo per l'aggiunta di due ulteriori requisiti:

- che l'agente riporti una condanna per un altro reato, trovandosi già nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità;⁵⁰⁸
- si ritenga che il reo viva abitualmente, anche soltanto in parte, dei proventi del reato.

⁵⁰³ La norma prosegue: «nei dieci anni indicati nella disposizione precedente non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive»

⁵⁰⁴ "Dei motivi a delinquere e dal carattere del reo; dai precedenti penali e giudiziari, e in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo"

⁵⁰⁵ Così l'art. 109 c.p.

⁵⁰⁶ Tali condizioni valgono anche in riferimento ai casi di professionalità criminale.

⁵⁰⁷ Cfr. F. Coppi, *Professionalità (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, p. 1023

⁵⁰⁸ Non è necessario che tale dichiarazione sia già sopravvenuta; è sufficiente che il giudice accerti la sussistenza dei soli presupposti necessari per la dichiarazione di abitualità (e ad essi succeda la commissione di un altro reato).

Secondo il primo requisito «la professionalità⁵⁰⁹ esige la commissione di un ulteriore reato oltre quelli che sono richiesti per l'abitudine»⁵¹⁰.

Mentre, la vera caratteristica che contraddistingue il professionista nel reato⁵¹¹, da chi è dedito abitualmente al delitto, è il fatto che costui fa dell'attività criminosa una vera e propria professione⁵¹², un sistema di vita che gli permette di avere una fonte stabile (anche soltanto in parte) di guadagno.

Siffatti requisiti non sono mai presunti dalla legge, di conseguenza il giudice, caso per caso, dovrà valutarne o meno la sussistenza.

Per quanto riguarda gli aumenti di pena e le altre conseguenze che derivano dalla dichiarazione di professionalità nel reato, si rimanda al paragrafo precedente (§3.1.1).

Infine vi è il c.d. delinquente per tendenza. Tale figura è stata introdotta per la prima volta dal codice Rocco⁵¹³. Nel progetto preliminare si parlava di “istintiva tendenza a delinquere”, «ma di fronte alle vive critiche che tale formula suscitò, venne adottata l'espressione che appare nell'art. 108 c.p., e cioè «*speciale inclinazione al delitto che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagio del colpevole*».

Il *discrimen* rispetto alle precedenti disposizioni (recidiva, abitudine, professionalità) risiede nel fatto che affinché un soggetto possa ritenersi un

⁵⁰⁹ Ai sensi dell'art. 105 del c.p.: «*chi trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitudine, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente, o contravventore professionale [...]*».

⁵¹⁰ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.668

⁵¹¹ Comprende anche il professionista contravventore.

⁵¹² Il secondo periodo dell'art. 105 c.p. sul punto dispone: «*avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p., debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato*».

⁵¹³ Ai sensi dell'art. 108 c.p.: «*È dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale, commette un delitto non colposo, contro la vita o l'incolumità individuale, anche non preveduto dal capo primo del titolo dodicesimo del libro secondo di questo codice, il quale, per sé e unitamente alle circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 rivela una speciale inclinazione al delitto, che trovi sua causa nell'indole particolarmente malvagia del colpevole*»

delinquente per tendenza, non rileverà il numero o l'indole di reati commessi in precedenza (in quanto «è *dichiarato delinquente per tendenza chi, sebbene non recidivo o delinquente abituale o professionale [...]*»), ma piuttosto l'animo tendenzialmente inclinato al male del soggetto agente⁵¹⁴.

Il legislatore ha previsto una siffatta disposizione per infondere una tutela più severa nei confronti di soggetti che, per natura, sono particolarmente pericolosi.

L'art. 108 del c.p., tuttavia, indica ulteriori requisiti che devono persistere perché possa considerarsi la tendenza al delinquere, in particolare è richiesto:

- che il reo abbia commesso un delitto doloso o preterintenzionale⁵¹⁵;
- che sia un delitto che offenda la vita o l'incolumità individuale (anche se non preveduto dal capo primo del titolo dodicesimo del libro secondo)⁵¹⁶.

Segnatamente il giudice non potrà dichiarare la tendenza a delinquere se il reo abbia commesso un delitto che offende il patrimonio, la proprietà, il pudore ecc. Tale scelta probabilmente deriva dall'avvertita necessità di circoscrivere il più possibile l'ambito di applicazione di una norma dai contorni e dalle sfumature che afferiscono precipuamente all'animo del colpevole⁵¹⁷.

Pare condivisibile, in coerenza al criterio generale adottato dal codice, quanto disposto dal secondo comma dell'art. 108 c.p., cioè: *“le disposizioni di questo*

⁵¹⁴ «Proprio per la evanescenza delle condizioni richieste dalla legge, infatti, si è a lungo discusso sulla individualizzazione in concreto di tale tipo di delinquente, e vi è stato perfino qualche autore che ha affermato che esso nella realtà non esiste. Pagliaro [in *Principi di diritto penale*, Milano, 2003], per individuare questa figura, parte dalla considerazione che oltre all'infermità di mente vi sono delle tare che influiscono sulla psiche del soggetto senza intaccarla; fra di esse rientra la c.d. “pazzia morale”, nella quale il soggetto non avverte, o avverte solo lievemente, i freni inibitori della legge morale: ebbene, quando la pazzia morale è accompagnata da forte inclinazione ad alcuni particolari delitti, abbiamo la figura del delinquente per tendenza, così come è descritta dall'art. 108 c.p.» in tal senso, AA.VV. *Diritto penale, parte generale*, 2007, p. 357.

⁵¹⁵ Quindi non sarà sufficiente né una contravvenzione, né l'aver commesso un delitto colposo.

⁵¹⁶ Quindi anche se non riguarda un delitto di “sangue”.

⁵¹⁷ Proverbialmente difficile da “setacciare”.

*articolo non si applicano se la inclinazione al delitto è originata dall'infermità preveduta dagli articoli 88 e 89 c.p.*⁵¹⁸.

Per quanto riguarda aumenti di pena e sanzioni accessorie vale quanto già riportato in riferimento al delinquente abituale e per professione (§ 3.1.1 e § 3.1.2). Unica differenza in tal senso è contenuta nel terzo comma dell'art. 109 c.p., il quale prevede: *“la dichiarazione di tendenza a delinquere non può essere pronunciata che con la sentenza di condanna”*⁵¹⁹.

3.2 La capacità criminale

Il concetto di capacità criminale compare per la prima volta nel codice Rocco,⁵²⁰ il quale all'articolo 133, dopo aver disposto che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, deve tener conto della gravità del reato (la quale viene desunta da alcuni indici che il legislatore individua), continua, asserendo che: *«il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole [...]»* (anch'essa deducibile (e quindi accertabile) attraverso il vaglio di situazioni ben definite dal legislatore)⁵²¹.

La capacità a delinquere⁵²² ha un legame inscindibile con la (predetta) pericolosità criminale, in quanto ne costituisce il naturale presupposto; «mentre questa [la capacità criminale] è indipendente dal grado di possibilità che si verifichi il reato,

⁵¹⁸ Vizio totale di mente e vizio parziale di mente.

⁵¹⁹ Viceversa al secondo comma lo stesso articolo statuisce che: *«la dichiarazione di abitudine o di professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo l'esecuzione della pena; ma se pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tiene conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta»*.

⁵²⁰ Infatti tale concetto non figurava nel codice Zanardelli.

⁵²¹ Come, ad esempio, i motivi che hanno spinto il reo a delinquere o il carattere di quest'ultimo.

⁵²² Discusso è il rapporto tra capacità a delinquere e pericolosità sociale: *«per chi ritiene che la capacità a delinquere sia rivolta verso il futuro, concretandosi in un giudizio sulla possibilità che l'individuo commetta fatti delittuosi, la pericolosità sta, dunque, alla capacità a delinquere come la probabilità sta alla possibilità (Antolisei); [viceversa] coloro i quali sostengono che l'indagine sulla capacità a delinquere sia rivolta esclusivamente al passato, ossia al reato commesso, distinguono nettamente le due figure in esame: in particolare, [Pagliaro ritiene che] mentre la pericolosità guarda al futuro, cioè alla probabilità che il soggetto commetta nuovi reati, la capacità si rivolge al passato, consistendo un giudizio sulla personalità dell'autore del reato»* (AA. VV, *diritto penale parte generale*, cit., p. 350).

sussistendo anche quando tale possibilità è tenue, la pericolosità esige un grado elevato di possibilità».⁵²³

Di conseguenza, la pericolosità sociale muove i suoi passi sul terreno della mera capacità a delinquere⁵²⁴, che quindi ne costituisce il substrato, non potendo esservi probabilità (dunque, pericolosità) senza possibilità (capacità).

Sicché la pericolosità è una *species* del *genus* capacità criminale; segnatamente, ben potrà esservi mera possibilità che un soggetto commetta in futuro un reato senza che quest'ultimo rientri nell'alveo dei soggetti "socialmente pericolosi"⁵²⁵; non tutti gli autori di reato, infatti, sono soggetti socialmente pericolosi, poiché per la sussistenza della pericolosità sociale è necessaria non la semplice ricaduta nel reato, ma la probabilità che ciò accada.

Quindi la capacità a delinquere, come esaurientemente definita nella Relazione al Progetto definitivo al codice, è definita semplicemente come «attitudine dell'individuo alla violazione delle norme penali»⁵²⁶, cioè come la mera idoneità dello stesso a commettere azione criminose.

Segnatamente, tale "attitudine" o potenzialità a porre in essere fatti di reato, non è influenzata sono da componenti soggettive, come il carattere o il modo, più o meno vigoroso, con cui i freni inibitori agiscono di fronte agli impulsi e agli stimoli propri dell'indole del reo, ma altresì essa (l'attitudine e/o potenzialità) potrà ben essere condizionata da ingerenze esterne alla psiche dell'individuo, come l'ambiente e le condizioni famigliari e sociali in cui vive⁵²⁷.

⁵²³ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p.652

⁵²⁴ La quale «non va agganciata esclusivamente al passato, ma va proiettata anche al futuro. In altre parole, è giusto avvicinare (senza identificare) il concetto di capacità a delinquere a quello di pericolosità sociale, interpretandola – oltre che come criterio per graduare la pena secondo la personalità che il reo ha manifestato nel fatto commesso – come attitudine del soggetto a commettere nuovi fatti di reato» (Dolcini, *note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p.338 ss.)

⁵²⁵ O, come bene ha scritto Antolisei, dei soggetti che abbiano «un'intensa capacità criminale» (F. Antolisei, op. cit. p. 652)

⁵²⁶ Relazione al Progetto definitivo al codice Rocco n. 160

⁵²⁷ Come si evince chiaramente dal dato normativo (art. 133 c.p.)

3.3 La valutazione della pericolosità sociale

L'articolo 203 ("pericolosità sociale) già più volte citato nel corso di tale lavoro, consta anche di un secondo comma, il quale dispone: «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133 [del codice penale, ovviamente]».

Il giudice, quindi, al fine dell'accertamento della qualità di soggetto socialmente pericoloso deve effettuare un giudizio prognostico (il giudice deduce da determinati elementi una previsione per l'avvenire) circa la probabilità di ricaduta nel reato, tenuto conto degli indici di cui all'art. 133 c.p.⁵²⁸, e «senza che operi più alcuna presunzione di pericolosità *iuris et de iure*»⁵²⁹.

L'133 c.p., dunque, indica al giudice gli elementi a cui quest'ultimo deve conformarsi sia per la determinazione della pena, sia per l'effettuazione dell'eventuale giudizio di pericolosità. Prevedendo dei parametri tassativi, il legislatore ha così inteso limitare l'ampio potere del giudice di valutazione della pericolosità sociale, nel rispetto del principio di tassatività.

Il suddetto art. 203, comma 2, rinvia ai criteri di cui all'art. 133 c.p. senza ulteriori specificazioni; ciò comporta che il giudicante dovrà attenersi, tanto ai criteri della "gravità del reato (natura, specie, mezzi ecc) e del danno o pericolo cagionato alla persona offesa", quanto a quelli riferiti alla "capacità a delinquere" (motivi,

⁵²⁸ L'art. 133 c.p., in tema di "gravità del reato e valutazione agli effetti della pena", dispone: «Nell'esercizio del potere discrezionale [...] il giudice deve tenere conto della gravità del reato, desunta:

1. dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2. dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3. dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1. dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2. dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3. dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4. dalle condizioni di vita individuale, familiare, e sociale del reo».

⁵²⁹ Cadoppi, Veneziani, *Elementi di diritto penale*, Padova, 2012, p.544

carattere, precedenti penali ecc)⁵³⁰. La giurisprudenza, in riferimento a tale valutazione si è espressa più volte, affermando la necessità di “considerare i reati, o il reato, nella loro obiettività” ed in ogni loro elemento principale o accessorio⁵³¹.

Di conseguenza, l'accertamento della pericolosità sociale non è altro che un giudizio prognostico effettuato dal giudice circa la probabilità di ricaduta nel reato, attraverso gli elementi che il legislatore gli fornisce ai sensi dell'articolo 133 del codice penale.

Tale disciplina fu soggetta ad ampie modifiche, le quali culminarono nella l. n. 663/1986 (in tema di esecuzione di misure limitative e privative della libertà), la quale, in particolare ha abrogato l'articolo 204 (“*Accertamento di pericolosità. Pericolosità presunta*”).

Prima dell'entrata in vigore di tale legge, il codice penale prevedeva due diverse forme di accertamento della pericolosità sociale: presunta dalla legge (art. 204, comma 2) o valutata a seguito di accertamento giudiziale (art. 203 e 204, comma 1).

L'art. 204, comma 2⁵³² disciplinava, *iuris et de iure*, delle ipotesi nelle quali la valutazione circa la pericolosità di un individuo veniva desunta direttamente dalla legge – senza la facoltà di fornire prova contraria – scavalcando, di fatto, il

⁵³⁰ Cass. n.40808 del 2010: «*Agli effetti penali la pericolosità sociale rilevante ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza consiste nel pericolo di commissione di nuovi reati e deve essere valutata autonomamente dal giudice [...]*»;

Cass. n.1313 del 2003: «*[...] ai fini della prognosi di pericolosità sociale il giudice non può prendere in considerazione le sole emergenze di natura medico-psichiatrica, ma deve procedere alla verifica di tutte le circostanze di cui all'art. 133 c.p., prima fra tutte la gravità del reato commesso e deve approdare ad un giudizio globale di pericolosità non limitata ad alcuni tipi di reati*».

⁵³¹ Cass., n. 25830 del 2015: «*[...] ai fini della valutazione della pericolosità sociale, al cui concreto accertamento (ex art. 133 e 203 c.p.) è subordinata l'applicazione della misura di sicurezza, il giudice deve, soprattutto, considerare il reato o i reati nella loro obiettività, specie quando, per gravità e specificità, assumano connotazioni di significativo rilievo*»;

Cass. n. 5643 del 1994: «*per disporre una misura di sicurezza [...] è necessario accertare la persistenza della pericolosità al momento della sua effettiva applicazione [...] attraverso una prognosi in ordine alla probabilità che il soggetto commetta in futuro nuovi reati. Ne consegue che, al fine di una corretta osservanza delle regole dettate dagli artt. 133, 202 e 203 cod. pen., al giudice è consentito richiamarsi ai fatti costituenti reato, intesi nella loro obiettività, soprattutto quando, per gravità e specificità, assumano connotazioni di significativo rilievo*».

⁵³² Esso recitava: «*Nei casi espressamente determinati, la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge [...]*»

principio secondo cui tale valutazione sarebbe dovuta avvenire “in concreto” (così come previsto dal comma 1 del medesimo articolo). Tale scelta del legislatore, chiaramente ispirata ai caratteri totalitaristici del regime, si poneva in evidente conflitto con i principi costituzionali di legalità e di colpevolezza; «infatti, le misure di sicurezza venivano disposte a carico di persone “etichettate” aprioristicamente come pericolose, ma che in concreto potevano non essere tali»⁵³³.

Sicché, a seguito delle numerose critiche che nel corso degli anni investirono tale disposizione, il legislatore, con la riforma suddetta (1986 n. 663) ha rinunciato a valutazioni generalizzate e presuntive, optando per un accertamento obiettivo e concreto.

Successivamente all’abrogazione dell’art. 204 e delle relative modalità di accertamento (presuntive), la procedura odierna, basata su un giudizio prognostico circa la probabilità di ricaduta nel reato (in riferimento agli indici di cui all’art. 133), è divenuta quella ordinaria.

È opportuno aggiungere che non tutte le criticità sono state dissipate dal legislatore del 1986, in quanto ancora oggi sono particolarmente dibattuti i limiti di validità scientifica della c.d. prognosi criminale, cioè del giudizio che tende a predire il futuro comportamento del reo⁵³⁴. Le difficoltà ad individuare strumenti adeguati, ai fini di un accertamento il più possibile attendibile, hanno portato i giudici a servirsi la maggior parte delle volte del metodo c.d. “intuitivo”, sulla base del quale rilevano principalmente «l’esperienza e la [loro] personale attitudine a conoscere gli uomini»⁵³⁵.

Tale genericità caratterizza anche l’art. 133 stesso, il quale ben si guarda dal fornire il criterio a cui il giudice deve attenersi per valutare gli elementi ivi menzionati (appunto, all’interno dell’art. 133 c.p.).

⁵³³ A. Miconi, voce *Pericolosità sociale*, in *Enc., Giur.*, Roma, 1989

⁵³⁴ Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 799

⁵³⁵ *ibidem*

Conseguentemente, tale giudizio difficilmente potrà ambire a canoni di certezza, anche perché gli strumenti forniti dalla scienza (per valutazioni prognostiche, quindi future) sono tutt'ora inadeguati.

4. Il sistema del doppio binario

A seguito della commissione di un reato, di norma, al soggetto agente dovrebbe essere applicata una pena, in quanto: «la pena è la tradizionale risposta di carattere afflittivo-retributivo nei confronti dell'autore di un reato»⁵³⁶.

Però non tutti coloro che commettono un fatto di reato possono essere assoggettati ad una pena, in particolare (come abbiamo ampiamente tratteggiato nei capitoli che precedono) il legislatore ha ritenuto opportuno operare una distinzione tra soggetto capace e soggetto incapace ai sensi dell'art. 85 c.p.; tale disposizione, infatti, impedisce la punizione dell'individuo non imputabile. Egli, quindi, non è sottoponibile a pena.

L'infermo di mente, ad esempio, non riuscendo a cagione del suo stato a cogliere il disvalore del fatto, non riuscirà nemmeno a percepire le ragioni preventivo-rieducative proprie della pena (sia pecuniaria che detentiva); «l'afflizione e l'intimidazione possono non essere sufficienti e quindi in certi casi bisogna reagire con misure di difesa»⁵³⁷ (le quali non avranno una durata massima, poiché vincolate al permanere della pericolosità del soggetto).

Di conseguenza era necessario pensare ad un istituto «in chiave di risposta ad autori di reato pericolosi, per i quali la pena classicamente intesa o non sia applicabile (autori di reato non imputabili) o sia ritenuta insufficiente»⁵³⁸. Tali istanze furono accolte dal legislatore del '30 il quale costruì un apparato

⁵³⁶ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.77

⁵³⁷ T. Padovani, *Giustizia criminale*, cit., p.18

⁵³⁸ D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2013, p.460

sanzionatorio secondo il sistema del c.d. “doppio binario”; pene e misure di sicurezza⁵³⁹.

«L'intento originario del legislatore era quello di riformare il sistema penale in conformità alle tendenze politico-criminali dell'epoca, favorevoli al potenziamento della difesa sociale mediante l'introduzione di nuove misure sanzionatorie destinate a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di rei»⁵⁴⁰.

Sicché il nostro sistema penale vede la coesistenza delle pene e delle misure di sicurezza, le quali, appunto, danno vita a quel regime sanzionatorio che si definisce del “doppio binario”; l'introduzione di tale “doppio binario” non ebbe solo il merito di colmare una evidente lacuna del sistema punitivo del diritto penale (in quanto l'incapace di intendere e di volere difficilmente potrà comprendere la funzione preventiva, afflittiva e rieducativa della pena), ma altresì ebbe anche il pregio di favorire una riconciliazione tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva⁵⁴¹.

È utile sottolineare, a tal proposito, che con tale espressione non soltanto si allude alla convivenza di sanzioni penali di natura diversa, ma si suole indicare che è possibile «applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso imputabile (o semi-imputabile) e socialmente pericoloso, tanto la pena che la misura di sicurezza»⁵⁴².

Tale coesistenza, dà, di conseguenza, luogo a due distinti accertamenti che procedono su due binari paralleli: quello dell'imputabilità, cui possono conseguire

⁵³⁹ Relazione del Guardasigilli al codice Rocco: «*Le misure di sicurezza sono mezzi di prevenzione individuale della delinquenza aventi carattere di integrazione dei mezzi repressivi di lotta contro la criminalità in genere e della pena in specie. Si distinguono in personali e patrimoniali: quelle personali limitano la libertà individuale e tendono alla prevenzione con impedimento materiale e diretto di nuovi reati o con azione eliminatrice o modificatrice dei coefficienti psicofisiologici della delinquenza, ovvero con mezzi diretti a sottrarre l'agente alle occasioni e agli influssi ambientali e in genere agli adescamenti criminosi*» in *Giustizia criminale* di T. Padovani, op. cit. il quale commenta tale relazione affermando che si tratta di: «*un quadro, pertanto, di neutralizzazione*»

⁵⁴⁰ Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, cit., p.790

⁵⁴¹ La coesistenza di pene e misure di sicurezza veniva incontro, da una parte alla concezione della colpevolezza propugnata dai “classici”, fondata sul libero arbitrio, e dall'altra soddisfaceva l'idea di “determinismo causale” e pericolosità sociale propria dei “positivisti”.

⁵⁴² *ibidem*

la punibilità e la detenzione, e quello della pericolosità sociale, cui può conseguire l'applicazione delle misure di sicurezza⁵⁴³.

Il sistema delle misure di sicurezza è chiuso, nel senso che sono elenchi tassativi sia quello delle misure di sicurezza che quello dei soggetti che possono essere destinatari delle stesse. Esse, infatti, potendo comportare delle limitazioni alla libertà personale non possono trovare disciplina al di fuori della legge, nel rispetto del principio di riserva di legge (che esclude qualsiasi forma di regolamentazione da parte di fonti secondarie e da parte di leggi regionali).

Infatti, *ex* articolo 199 del codice penale (“sottoposizione a misure di sicurezza: disposizione espressa di legge”): «nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti»⁵⁴⁴, nonché, ai sensi dell’articolo 25, comma 3 della Costituzione «nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge»⁵⁴⁵.

I presupposti applicativi, invece, sono contenuti nell’art. 202 del codice penale, il quale dispone che «possono essere applicate esclusivamente alla persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato» o come “quasi-reato”⁵⁴⁶; quindi per impiegare una misura di sicurezza sarà indefettibilmente necessario l’aver commesso un reato (o un quasi-reato) ed essere ritenuti, contestualmente, socialmente pericolosi.

⁵⁴³ Nella pena detentiva sono prevalenti le finalità repressive e punitive, mentre nella misura di sicurezza sono prevalenti finalità di difesa sociale e di rieducazione del reo

⁵⁴⁴ Ciò detto, si specifica che le misure di sicurezza possono essere distinte in due grandi categorie: quelle di carattere personale (artt. 215-235 c.p.) e quelle di carattere patrimoniale (artt. 236-240 c.p.); le prime sono a loro volta distinguibili in misure detentive e non detentive.

⁵⁴⁵ «*Problemi sono sorti invece circa l’operatività del principio di irretroattività [...]. Il dubbio interpretativo nasce poiché l’art. 25 Cost. tace a riguardo, a differenza di quanto invece faccia il comma secondo della medesima norma con riferimento alle pene [...]*» (S. Pellissero, in *Manuale di diritto penale*). A fare chiarezza intervenne la Suprema Corte con la sentenza n. 13039/2005, la quale precisò: «*in ossequio al dettato costituzionale, non può applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato [princ. di irretroattività], si può invece applicare una misura di sicurezza per un reato per il quale al momento della commissione del fatto non era prevista alcuna misura od era prevista una misura diversa, senza che ciò comporti una violazione del principio di irretroattività della legge penale, il quale riguarda le norme incriminatrici e non le misure di sicurezza, che per loro natura sono correlate alla situazione di pericolosità attuale del proposto*».

⁵⁴⁶ Si fa riferimento agli artt. 49 (reato impossibile) e 115 (accordo per commettere un reato) del codice penale.

«Lo scopo cui deve mirare lo Stato è quello di difendere la società da ulteriori iniziative criminose del soggetto socialmente pericoloso»⁵⁴⁷ attraverso uno strumento alternativo alla pena, «destinato specificamente a neutralizzare la pericolosità di determinate categorie di rei e di durata indeterminata,⁵⁴⁸ in quanto destinata a perdurare fino al venir meno della pericolosità sociale»⁵⁴⁹.

Questa differente risposta sanzionatoria realizzata dal legislatore è da ricondurre altresì alle diverse funzioni che caratterizzano pena e misura di sicurezza. La prima risponde a tre esigenze distinte: general preventive, volte a retribuire il male cagionato e tese alla rieducazione del condannato; mentre le seconde mirano piuttosto alla cura e alla risocializzazione del soggetto agente, avendo, perciò, una preminente finalità terapeutica (indirizzata, se non alla rimozione, all'attenuazione della pericolosità sociale).

La scelta operata dal legislatore del '30 sembra apprezzabile da più punti di vista; il legislatore, in particolare, prevedendo un sistema sanzionatorio *ad hoc* per coloro i quali non siano in grado di recepire gli insegnamenti impartiti dalla pena in senso stretto, ha perseguito l'intento di salvaguardare e tutelare la collettività da condotte non altrimenti reprimibili (appunto, se non attraverso un'azione terapeutica).

La misura di sicurezza, quindi, assurge a strumento imprescindibile di lotta alla delinquenza, potendo, grazie alla propria versatilità, coesistere e convivere con la pena (ad esempio nel caso dei semi-infermi di mente) e perseguire, in aggiunta alle finalità general preventive della massima sanzione penale, i propri auspici (special preventivi) di difesa sociale.

⁵⁴⁷ E. Salerno, op. cit. p.80; «[...]attraverso misure preventive in grado di neutralizzare le cause propulsive e consistenti o nell'allontanamento della società (delinquenti irrecuperabili) o nel reinserimento sociale, ove possibile (delinquenti recuperabili)».

⁵⁴⁸ Art. 207 c.p.: «le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose. La revoca non può essere ordinata se non è decorso un tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna misura di sicurezza».

⁵⁴⁹ C. Peluso, *Misure di sicurezza*, in *Digesto pen.*, Torino, 1994, p.147

5. La legge n. 81 del 31/5/2014 dall'OPG alla REMS

Con il d.l. 52/2014, convertito dalla legge n. 81 del 2014, si è dato avvio al percorso di definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (OPG). Tale percorso ha visto l'introduzione (in luogo degli OPG) di una nuova struttura, le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), la quale, come meglio si vedrà in seguito, non è il sostituto dell'OPG.

Per capire appieno la portata di tale riforma è opportuno esaminare la disciplina previgente. Gli ospedali psichiatrici giudiziari erano degli istituti nei quali venivano reclusi soggetti autori di reato; *“nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo [...]”*⁵⁵⁰.

Tali strutture, nel 1975⁵⁵¹, hanno sostituito i “manicomi giudiziari”⁵⁵² che a loro volta erano subentrati ai “manicomi criminali”⁵⁵³; sono tre denominazioni che, però, si riferiscono alla medesima struttura (rimandano semplicemente a periodi storico-culturali differenti). Infatti la funzione di tali istituti, nonostante i cambi di nome che si sono alternati nel corso degli anni, è rimasta invariata; essi sono luoghi di detenzione per soggetti autori di reato “folli”, istituiti al fine di curare le loro patologie e contestualmente difendere la società da individui considerati pericolosi.

Quindi, le finalità proprie di siffatte strutture (misure di sicurezza detentive) tendevano (avrebbero dovuto tendere) alla risocializzazione del reo, attraverso un

⁵⁵⁰ Art. 222 c.p. (ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario); tale norma prescriveva altresì dei limiti temporali di permanenza nella struttura: *«per un tempo non inferiore a due anni [...] La durata minima del ricovero nell'ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto commesso la legge stabilisce [la pena di morte o] l'ergastolo, ovvero di cinque se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni»*.

⁵⁵¹ Con la legge n. 354 del 26 luglio 1975 (“Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà”); in particolare ai sensi dell'art. 62 si dispone che *«gli istituti per l'esecuzione delle misure di sicurezza detentive si distinguono in: case di lavoro; case di cura e custodia; ospedali psichiatrici giudiziari [...]»*.

⁵⁵² In Italia, la prima struttura con caratteristiche OPG si ebbe con l'apertura di una sezione dedicata nella casa penale di Aversa, nel 1876 (P. Pellegrini, 2015).

⁵⁵³ Istituzione nata nel XIX secolo, che trae spunto dai “criminal asylums” inglesi nati alla fine del XVIII secolo.

percorso terapeutico che, però, al tempo stesso rispondesse alle esigenze di tutela della collettività. Tuttavia, tale equilibrio (fra cura e detenzione), spesso era messo in crisi, in quanto le finalità contenitive sovente prevalevano su quelle riabilitative. Sicché iniziarono ad emergere i primi problemi in un istituto, formalmente appena introdotto⁵⁵⁴, ma che non era in grado di far fronte alle esigenze per le quali era stato creato.

L'*iter* che ha portato alla chiusura degli OPG è stato lungo quasi quaranta anni; un primo passo fu intrapreso nel 1978, dalla legge n. 180⁵⁵⁵, con la quale si determinò «la scomparsa della “pericolosità a sé e agli altri” dai requisiti per l’effettuazione del TSO⁵⁵⁶, creando la convinzione che la questione della sicurezza e del controllo non siano tra le competenze della psichiatria alla quale, *in primis*, spetta il mandato di cura»⁵⁵⁷. Tale legge ebbe numerosi pregi, anche se influì direttamente solo riguardo ai manicomi civili, decretandone la chiusura, ha avuto il merito di rimarcare la distinzione tra cura (competenza della sanità) e tutela della sicurezza sociale (competenza delle forze dell’ordine, della giustizia ecc.) e di indirizzare tale istituzione (TSO) verso una dimensione veramente terapeutica.

Il merito principale di tale legge fu, dunque, quello di instillare nella morale comune un nuovo valore (simbolico) di riabilitazione, il quale assurse a primo vero mattone verso la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari.

Un ulteriore (piccolo) passo fu compiuto dalla Corte Costituzionale, la quale dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’art. 222 del codice penale (Ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario) nella parte in cui obbliga il giudice a disporre il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, precludendogli la possibilità di

⁵⁵⁴ Ma sostanzialmente “attempato”.

⁵⁵⁵ Nota come Legge “Basaglia”, dal promotore dell’omonima legge, il quale negava con forza l’utilità dell’istituto manicomiale, dello psichiatra come semplice custode carcerario e della considerazione dei malati come soggetti irrecuperabili da abbandonare a se stessi. (in tal senso, F. Basaglia, *L’istituzione negata, Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Milano, 1998, pp. 4-5)

⁵⁵⁶ Per essere sottoposti ad un TSO (trattamento sanitario obbligatorio), quindi, non era più necessario essere valutati pericolosi, essendo ora disposto esclusivamente per esigenze terapeutiche.

⁵⁵⁷ P. Pellegrini, *Per una psichiatria senza Ospedali Psichiatrici Giudiziari*, Milano, 2015, p.23

vagliare soluzioni alternative che possano comunque assicurare all'infermo un'adeguata cura e contestualmente contenerne la pericolosità sociale⁵⁵⁸.

Poco più di un anno dopo fece seguito, in tal senso, un'altra pronuncia della Corte Costituzionale, con la quale venne dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 c.p. (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza), nella parte in cui non consentiva al giudice la facoltà di scelta, in alternativa al ricovero in OPG, di una misura di sicurezza non detentiva⁵⁵⁹ che fosse comunque idonea ad assicurare al malato assistenza e cure adeguate, nonché ad arginarne la pericolosità sociale⁵⁶⁰.

Il contributo più importante (prima della definitiva legge del 2014) è stato, però, apportato dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del sistema sanitario nazionale, presieduta da Ignazio Marino⁵⁶¹, che nel 2011 presentò una Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli OPG.

Da tale Relazione emerse un quadro sconcertante; pratiche cliniche inadeguate, condizioni igienico-sanitarie precarie, assistenza socio-sanitaria pressoché inesistente. A seguito dei risultati profilatisi dalle varie inchieste che si sono susseguite, l'idea di chiudere gli OPG era repentinamente mutata in una chiara "necessità"; infatti, dal 2011 iniziò concretamente il viatico legislativo che porterà all'introduzione delle REMS.

⁵⁵⁸ Corte Cost. sentenza n. 253 del 18 luglio 2003; «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 del codice penale (Ricovero in ospedale psichiatrico giudiziale) nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziale, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

⁵⁵⁹ Le misure di sicurezza non detentive sono (art. 215 c.p.);

1. La libertà vigilata;
2. Il divieto di soggiorno in uno o più comuni, o in una o più province;
3. Il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche;
4. L'espulsione dello straniero dallo Stato

⁵⁶⁰ Corte Cost. sentenza n. 367 del 29 novembre 2004; «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 206 del codice penale (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziale, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenerne la sua pericolosità sociale»

⁵⁶¹ Allora Senatore per il Partito Democratico.

L'approdo (momentaneamente) definitivo, circa il superamento degli OPG, sopraggiunse solo tre anni più tardi, con la sopracitata legge 81 del 2014, recante: «Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari».

In un primo momento la dismissione degli OPG⁵⁶² sarebbe dovuta essere immediata, ma a seguito delle difficoltà incontrate (anche ragionevoli, considerata la portata della modifica), il termine per la chiusura degli OPG, con la conseguente entrata in vigore delle REMS, fu prorogato fino al 31 marzo 2015⁵⁶³.

I punti fondamentali della presente legge sono:

- Il giudice dispone l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un OPG o in una casa di cura, salvo nei casi in cui non si riesca a far fronte altrimenti alla pericolosità sociale dell'infermo (art. 1, comma 1, lett. b).
- L'accertamento della pericolosità sociale deve essere effettuato esclusivamente sulla base delle qualità soggettive del reo⁵⁶⁴ (art. 1, comma 1, lett. b).
- Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità la sola mancanza di programmi terapeutici individuali (sempre art. 1, comma 1, lett. b).

⁵⁶² Le categorie giuridiche prevedono l'internamento sono: internati prosciolti per infermità mentale, in quanto socialmente pericolosi; internati provvisori imputati, sottoposti alla misura di sicurezza provvisoria in considerazione della presunta pericolosità ed in attesa di giudizio definitivo; detenuti condannati cui sia sopravvenuta l'infermità mentale; internati con vizio parziale di mente dichiarati socialmente pericolosi; detenuti dei quali debba essere accertata l'infermità psichica.

⁵⁶³ Rispetto al precedente «1° aprile 2014»

⁵⁶⁴ «senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, c.p.» (“condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo”)

- Le regioni organizzano corsi di formazione per il personale incaricato di studiare i trattamenti individuali terapeutico-riabilitativi (art. 1, comma 1 bis).
- Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima (art. 1, comma 1 quater)⁵⁶⁵.
- Le regioni comunicano al Ministero della salute, della giustizia lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture, nonché tutte le iniziative assunte per garantire il completamento del processo di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari (art. 1, comma 2).

Queste sono le novità di maggior interesse che ha apportato la legge del 2014, le quali collocano il concetto di misura di sicurezza detentiva sotto tutt'altra ottica rispetto alla concezione previgente. Però, è doveroso segnalare che, “non è tutto oro quel che luccica”; tale riforma non deve essere presa come un punto di arrivo, ma come un nuovo inizio. Si è fatto fronte alle numerose criticità che nel corso degli anni hanno sempre più angustiato psichiatri, opinione pubblica e autorità giudiziaria, ma esse, purtroppo, hanno visto avvicinarsi nuovi profili problematici; sintomi prevedibili per un Paese culturalmente e strutturalmente ancora acerbo.

⁵⁶⁵ La legge 81/2014 cambia radicalmente il sistema con cui è stabilita la durata di una misura di sicurezza. Se prima il parametro “edittale”, teso all'individuazione della durata massima di una misura di sicurezza, era riferito al perdurare della pericolosità sociale in capo al soggetto, ora, viceversa, viene posto un limite temporale (per evitare il fenomeno degli ergastoli bianchi, probabilmente) connesso alla previsione edittale massima prevista per il reato commesso.

5.1 Un nuovo approccio: novità e modifiche

Come tratteggiato nel paragrafo che precede, sarebbe errato (e fuorviante) definire la REMS come il sostituto degli OPG; essa, infatti, «è una struttura residenziale sanitaria (socio-sanitaria) specializzata per l'Esecuzione delle Misure di sicurezza, quindi, una struttura volta alla cura di persone con misure di sicurezza detentiva, nell'ambito di un percorso evolutivo di tipo comunitario-territoriale»⁵⁶⁶.

Oltre a non essere qualificato come sostituto degli OPG, la REMS, nemmeno potrebbe esserlo, non solo perché il legislatore ha disposto la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, ma altresì, perché essa (la REMS) si caratterizza per essere una struttura sprovvista di polizia penitenziaria, senza celle e qualsivoglia apparato di controllo di tipo penitenziario. Al contempo, tuttavia, sarebbe comunque errato ricondurre la REMS nell'ambito delle comuni Residenze psichiatriche, in quanto è deputata alla cura di soggetti ai quali è stata applicata una misura di sicurezza detentiva e quindi aventi libertà limitata.

«La misura di sicurezza definita dal magistrato è una cornice nell'ambito della quale deve svilupparsi il percorso di cura»⁵⁶⁷. Sicché competerà ai sanitari la determinazione delle migliori condizioni per la gestione delle REMS e per la valutazione del programma di cura, mentre spetterà alla magistratura (preferibilmente con l'ausilio dei sanitari) l'individuazione della misura di sicurezza con le possibili revoche e variazioni⁵⁶⁸.

Il fine primario delle REMS è senz'altro il «recupero del soggetto interessato attraverso un personalizzato percorso terapeutico e risocializzante»⁵⁶⁹. In tal senso, l'art. 1, comma 1 ter (della l. 81/2014) prevede, appunto, che i programmi

⁵⁶⁶ P. Pellegrini, *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p.64

⁵⁶⁷ *Ibidem*; «La sicurezza non è data dallo stare fisicamente nella REMS, ma di essere parte del programma della REMS che come per tutte le strutture sanitarie moderne, si svolge in parte all'interno della struttura ed in parte all'esterno».

⁵⁶⁸ A tal fine il magistrato verrà periodicamente informato dai sanitari

⁵⁶⁹ B. Fuggiano, *C'erano una volta gli OPG, adesso ci sono le REMS*, in *Riv. giur. Fatto&Diritto*, 2015; l'autrice prosegue: «Non punire, bensì curare: questo è il "motto". Con estremo ottimismo e ignorando gli eccessivi allarmismi sollevati da più parti circa i rischi per la sicurezza pubblica dovuti alla nuova normativa, ci si augura non si tratti solo di una "truffa delle etichette". La vocazione sanitaria delle nuove strutture è lasciata nelle mani delle regioni, che dovranno essere monitorate per non risultare inadempienti».

terapeutico-riabilitativi debbano essere obbligatoriamente previsti per ciascun paziente, al fine di garantire un'assistenza il più possibile incline ad una quanto più rapida risocializzazione della persona. L'articolo 1 comma 1 bis, infatti, prevede che le regioni formino nuovo personale, con l'obiettivo di renderlo capace di formulare i trattamenti e i programmi individuali per la riabilitazione dell'infermo.

Tra le novità introdotte dalla sopracitata legge, ha un posto di rilievo la disposizione, secondo la quale, *“non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali”*⁵⁷⁰. Tale disposizione è da apprezzare, in quanto, permette al soggetto di non essere dichiarato socialmente pericoloso solo ed unicamente per la mancanza di un percorso terapeutico riabilitativo individuale; sicché si è evitato che le inefficienze del sistema sanitario, potessero fornire una giustificazione per ritenere il “paziente” socialmente pericoloso.

Un principio di preminente importanza è disposto dall'art. 1, comma 1 lett. b), ai sensi del quale l'accertamento della pericolosità sociale *“è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, n.4 [condizione di vita individuale, familiare e sociale del reo]”*⁵⁷¹. Il legislatore ridefinisce l'accertamento della pericolosità sociale la quale, d'ora in avanti, dovrà focalizzarsi principalmente sulle qualità soggettive del reo; probabilmente l'intento del legislatore, espungendo dalla valutazione del giudice tali elementi, era di evitare che si verificasse un «eccesso di prudenza»⁵⁷² e, di conseguenza, il rischio di condannare un soggetto sulla base della marginalità sociale in cui versa e non sulle effettive difficoltà psichiche di cui soffre.

⁵⁷⁰ Art. 1 l. 81/2014

⁵⁷¹ Sul punto si è espressa altresì la Corte Costituzionale, in merito ad una questione di illegittimità costituzionale sollevata da un giudice di sorveglianza di Messina: *«La limitazione ha lo scopo di riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie e non il contesto ambientale»*; Corte Cost. n.186 del 2015

⁵⁷² A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli OPG alla eclissi della pena manicomiale*, in Riv. giur. Costituzionalismo.it; “eccesso di prudenza” inteso come maggior inclinazione del giudice a valutare un soggetto socialmente pericoloso solo perché vive in condizioni disagiate.

La modifica operata dal *novum* legislativo più marchiana è senza ombra di dubbio quella prevista dall'art. 1, comma 1 quater, il quale dispone: “*le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo al massimo edittale [...]*”.

Tale disposizione stravolge radicalmente il sistema di determinazione della durata di una misura di sicurezza. In precedenza essa (la durata della misura di sicurezza) era caratterizzata per la previsione di un minimo edittale ed era prorogabile fino al completo affievolimento della pericolosità sociale. Ora, invece, il legislatore ha previsto anche per le misure di sicurezza un limite massimo, oltre il quale non può perdurare l'applicazione, individuato, appunto, in base alla durata massima della pena prevista per il reato commesso. Per il malati psichici la pena non si protrae più *sine die*, assicurando, anche nel caso degli autori di reato c.d. “folli”, la proporzionalità fra reato e pena, ponendo, di fatto, fine al triste (e aberrante) fenomeno degli “ergastoli bianchi”⁵⁷³.

Le novità apportate dalla l. 81 del 2014 non saranno quantitativamente elevate, ma senz'altro sono alquanto significative. Con il superamento degli OPG ci si è lasciati alle spalle una tradizione (oramai secolare) giudiziaria mal attuata (ed in alcuni casi anche mal pensata), virando verso una nuova concezione di tutela della collettività, la quale non si manifesterà più attraverso una detenzione camuffata (in alcuni casi perpetua)⁵⁷⁴, bensì mediante un più fervido contributo del comparto sanitario.

⁵⁷³ «[...] appare dubbiosa e di incerta qualificazione la messa in libertà degli internati ancora socialmente pericolosi, predisposta al fine di evitare l'ergastolo bianco». Così ,F. Schiavo, *La pericolosità sociale tra sottigliezze empiriche e spessori normativi: la riforma di cui alla legge 81/2014*, su *Riv. giur. penalecontemporaneo.it*, 2014

⁵⁷⁴ Ergastoli bianchi

5.2 Pregi e criticità

La legge n. 81 del 2014 «ha segnato un mutamento culturale determinante, che annuncia il tramonto definitivo del rapporto tra infermità di mente e pericolosità sociale. È stata, con essa, proclamata la totale inadeguatezza dell'impianto delle misure di sicurezza detentive, disciplinate dagli artt. 219 e 222 del codice penale»⁵⁷⁵; inadeguatezza, superata attraverso la chiusura degli OPG a scapito delle REMS, nonché mediante l'introduzione di poche, ma significativa modifiche⁵⁷⁶.

Vista la complessità e la radicalità dei cambiamenti, non stupisce che la legge 81/2014 abbia prorogato il termine per la chiusura definitiva delle OPG; inizialmente previsto per il 1° aprile 2014 e successivamente protratto fino al 31 marzo 2015.

Come più volte sottolineato nel corso della trattazione, uno degli elementi più apprezzati della riforma fu l'introduzione di un limite massimo di durata «per tutte le misure di sicurezza detentive, comprese le case di lavoro, le colonie agricole e il ricovero nelle nuove REMS»⁵⁷⁷. Tale accorgimento ha l'inegabile pregio di evitare il perdurare del triste fenomeno degli «ergastoli bianchi»⁵⁷⁸; così definito poiché, sovente (anche per mancanza di una effettiva e competente valutazione), la persona a cui veniva applicata una misura cautelare detentiva (*in primis* del ricovero in OPG) si ritrovava all'interno di un tunnel senza fine, potendo aspirare alla libertà solo ed esclusivamente a seguito di un esito positivo riguardo l'accertamento dell'affievolimento della propria pericolosità sociale.

⁵⁷⁵ D. Piccione, *L'orizzonte di tutela del reo infermo di mente secondo la Costituzione*, 2015, in Riv. giur. Costituzionalismo.it

⁵⁷⁶ Già tratteggiate nel paragrafo 5.1

⁵⁷⁷ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.100

⁵⁷⁸ «Sono centinaia gli ergastoli bianchi in Italia. Con scadenza fine pena mai, perché nonostante la via libera dei giudici di sorveglianza, non ci sono le strutture, sul territorio pronti ad accogliere i detenuti condannati con problemi psichici. Così negli OPG restano il 60% dei detenuti psichici che potrebbero ricominciare a vivere fuori perché la maggior parte ha compiuto bagattelle e ormai non è più pericoloso. A denunciare ciò è un'indagine presieduta dal senatore Ignazio Marino [...]. Analizzando il percorso di 389 detenuti che su 1500 potenzialmente potrebbero essere dimessi, il 40% è ancora ospitato nei centri [...]». Da un articolo de La Repubblica a cura di C. Pasolini, 2011.

Tuttavia tale disposizione non è completamente immune da rimostranze, giacché non indica quale sia la strada da seguire in caso fosse comminata la pena dell'ergastolo⁵⁷⁹; infatti, l'articolo 1, comma 1 quater al terzo periodo stabilisce: *“per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo”*. In attesa di una pronuncia che faccia chiarezza, si ritiene che, come in passato, nel caso di ergastolo al soggetto venga applicata una misura di sicurezza detentiva che perduri parallelamente al perdurare della pericolosità sociale.

Un altro aspetto positivo da rimarcare, rispetto alle novità proposte dalla suddetta legge, riguarda la struttura delle REMS; i quali sono dei veri e propri luoghi di cura e custodia, deputati primariamente alla cura dei “pazienti” e non alla loro “detenzione”, come invece accadeva nei vecchi OPG. Piuttosto, «la difficoltà maggiore riscontrata nel tortuoso cammino legislativo è l'armonizzazione del sistema terapeutico, sorretto da principi costituzionali e da diritti umani, con le disposizioni di difesa sociale, che spingono alla necessaria applicazione della misura per la tutela della collettività»⁵⁸⁰.

Infatti, questo, è uno dei punti più delicati dell'intera disciplina; cura del paziente o tutela della collettività?

Gli OPG erano più fedeli, come già tratteggiato (§5 e §5.1), ad un'azione prevalentemente orientata in risposta alle esigenze di tutela della collettività, ponendo in secondo piano, o più spesso tralasciando, le istanze tese alla cura e alla risocializzazione dell'internato. Viceversa, le REMS, si collocano in tutt'altra ottica rispetto al proprio predecessore, optando, per lo più, per un fine ispirato da un bisogno terapeutico⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ Mentre per quanto riguarda un altro problema che potrebbe emergere, sempre connesso alla durata massima della misura, si ritiene che, nel caso in cui il soggetto fosse considerato ancora pericoloso, ben si potrebbe comunque applicare una misura di sicurezza non detentiva.

⁵⁸⁰ E. Salerno, *Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive*, cit., p.103

⁵⁸¹ I problemi, in tal senso, non sono da sottovalutare; oltre al numero esiguo di strutture (si ritiene che potrebbero arrivare a 30 in tutta Italia) e di pazienti ivi contenuti (si stima in un massimo di 500), è sempre più diffuso un sentimento di timore circa la reale portata “detentiva” di tali istituti. Infatti le REMS, essendo delle vere e proprie “residenze” non sono fornite né di celle né possono disporre dell'ausilio della polizia penitenziaria, e questo senz'altro rinvigorisce i

Le due strutture sono simmetricamente in antitesi tra di loro, forse il legislatore avrebbe potuto/dovuto prediligere un passaggio più graduale fra i diversi istituti, così da assecondare ambo le esigenze (di tutela della collettività e di cura)⁵⁸².

Il merito più grande che si attribuisce a tale legge, forse, è quello di aver scosso l'opinione pubblica e di aver posto sotto la lente di ingrandimento dei problemi che raramente hanno occupato le pagine di cronaca, nonché di aver effettuato un funzionale riparto delle competenze tra il settore sanitario (volto a occuparsi della cura dell'infermo) e quello della giustizia (cui è deputato l'onere della sicurezza della collettività).

Ultima critica che si può muovere al legislatore è che «la legge 81/2014, che ha dato avvio al percorso di definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, non ha provveduto ad una contestuale modificazione del codice penale»⁵⁸³. Segnatamente si auspica, in merito, un necessario e più congruo coordinamento tra le norme del codice penale, ma anche con quelle dell'ordinamento penitenziario, al fine di evitare le sempre più ricorrenti notizie di ingiuste condizioni detentive⁵⁸⁴.

malumori di chi le ritiene inadeguate a tutelare la collettività; sono state, di fatto, effettuate varie segnalazioni circa più episodi di fuga o di tentativi di fuga da parte di tali "pazienti". Forse è stata una scelta troppo azzardata l'esclusione di quasi ogni misura di sicurezza volta ad impedire che persone pericolose possano allontanarsi "senza permesso". (Dati e previsioni forniti dal Responsabile dell'Ufficio Stampa, Comunicazione, Rapporti con l'Utenza dell'AUSL di Parma).

⁵⁸² Era prevedibile una risposta forte da parte del legislatore, considerando anche le condizioni inumane in cui vivevano gli internati; topi in ogni dove, materassi posati direttamente a terra, bagni alla turca raramente igienizzati ecc.

⁵⁸³ P. Pellegrini, op cit., p.55

⁵⁸⁴ Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario sono state delegate al Governo, il quale ha prodotto la documentazione per l'esame del progetto di legge al Parlamento, di seguito parte del testo approvato sia dalla Camera che dal Senato: art. 6, lett. c): «*revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali ai fini della espressa indicazione del divieto di sottoporre a misure di sicurezza personali per fatti non preveduti come reato dalla legge del tempo in cui furono commessi; rivedizione con riferimento ai soggetti imputabili, del regime cosiddetto «doppio binario», prevedendo l'applicazione congiunta di pena e misure di sicurezza personali, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale, [...] l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e al revoca delle misure di sicurezza personali quando la pericolosità sia venuta meno; revisione del modello definitorio dell'infermità, mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità; previsione, nei casi di non imputabilità al momento del fatto, di misure terapeutiche e di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità della cura, e prevedendo l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e della necessità della cura e la revoca della*

Interessante, in tal senso, è un'intervista del Responsabile dell'Ufficio Stampa, Comunicazione, Rapporti con l'Utenza dell'AUSL di Parma⁵⁸⁵ a Mila Ferri, Angelo Fioritti e Pietro Pellegrini⁵⁸⁶ i quali suggeriscono che: «sarebbe necessario un forte coinvolgimento e la formazione di tutti i soggetti interessati: magistrati e psichiatri, in primis ma anche forze dell'ordine, avvocati, comunità locali, servizi sociali, le associazioni di utenti e famigliari, tenendo sempre al centro la persona e la sua famiglia». In riferimento ai professionisti aggiungono: «una parte dei periti sembra più orientato a svolgere il compito in modo puntuale rispondendo al magistrato, piuttosto che impegnarsi nella costruzione di percorsi e soprattutto nel loro monitoraggio [il monitoraggio degli infermi di mente]».

Inoltre, per quanto riguarda i giudici «è importante che abbiano chiaro il funzionamento del sistema psichiatrico superando ogni logica di tipo custodialistico che non deve sopravvivere alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, in quanto deformerebbe gravemente percorsi e mandati».

A tal uopo «si avverte la necessità di un ruolo decisivo della componente sanitaria, magari attraverso uno specifico cruscotto regionale in grado di essere un punto di riferimento per la magistratura al fine di indicare, sentiti periti e servizi, le soluzioni più appropriate per il singolo caso».

misura quando la necessità della cura o la pericolosità sociale siano venute meno[...] dell'abolizione del sistema del doppio binario e previsione di un trattamento sanzionatorio finalizzato al superamento delle condizioni che hanno diminuito la capacità dell'agente, anche mediante il ricorso a trattamenti terapeutici o riabilitativi e l'accesso a misure alternative, fatte salve le esigenze di prevenzione a tutela della collettività».

lett. d): «tenuto conto dell'effettivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e dell'assetto delle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), previsione della destinazione alle REMS prioritariamente dei soggetti per i quali sia stato accertato in via definitiva lo stato di infermità al momento del fatto, da cui derivi il giudizio di pericolosità, nonché dei soggetti per i quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, degli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisoria e di tutti coloro per i quali occorra accertare le relative condizioni psichiche, qualora le sezioni degli istituti penitenziari alle quali sono destinati non siano idonee, di fatto, a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione».

⁵⁸⁵ Dr. Alberto Nico.

⁵⁸⁶ Autori di alcune monografie al riguardo; *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari; La cura e la sicurezza – StopOPG; Servizi psichiatrici e istituzioni giudiziarie in un paese senza OPG.*

Confronto fra modelli⁵⁸⁷:

Modello custodialistico (OPG)	Modello di cura (REMS)
Mandato prevalente: custodia	Mandato prevalente: cura
La misura di sicurezza prevale sui bisogni di cura	La misura di sicurezza varia in funzione dei bisogni di cura
OPG come luogo unico, chiuso e separato	REMS come struttura inserita nella rete dei servizi predisposta ad accogliere le persone con percorsi giudiziari
Custodia per ridurre la pericolosità	Cure basate sulla Recovery
Separazione dalla comunità di appartenenza	Attivazione e responsabilizzazione della comunità di appartenenza per il recupero della persona e ripresa delle relazioni
Regole date e non discutibili	Forme di compartecipazione alla gestione e condivisione delle decisioni
Regolamento penitenziario	Regolamento sanitario

⁵⁸⁷ P. Pellegrini, *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 77

5.3 Un primo bilancio

Il Consiglio Superiore della Magistratura al fine di effettuare un'analisi circa l'incidenza, l'efficienza e l'adeguatezza delle nuove strutture ha intrapreso un'opera di monitoraggio dalla quale è emerso un quadro tutt'altro che rassicurante, con special riguardo al problema della carenza di posti, al quale, sintomaticamente, è seguita la formazione di liste d'attesa per l'accettazione di nuovi pazienti.

In alcune strutture si è in presenza di « una vera emergenza. Come nel distretto di Catania: l'unica REMS, a Caltagirone, ha appena 20 posti letto a disposizione, già da tempo occupati con ammalati psichiatrici provenienti in gran parte dalle vecchie strutture carcerarie abolite [gli OPG]»⁵⁸⁸. Le conseguenze di tale evidente inadeguatezza vengono descritte lucidamente dal presidente del tribunale di sorveglianza di Catania il quale afferma: «vagano nel territorio malati psichiatrici gravi, violenti e socialmente pericolosi», per i quali è stato disposto il ricovero nelle REMS, ma sono «in attesa che si rendano disponibili posti»⁵⁸⁹ presso gli istituti.

Una situazione preoccupante è ravvisabile anche in Puglia, la quale dispone solamente di due REMS per un totale di 38 posti. Sull'argomento si è espresso con apprensione il Pg di Bari, il quale ha segnalato «la presenza sul territorio di soggetti autori anche di gravissimi reati di sangue che, affetti da patologie psichiatriche anche valutate di alta pericolosità, non sono stati ricevuti da alcuna REMS per indisponibilità di posti».

Anche a Napoli la situazione non è delle migliori, «non si riesce né a garantire la cura della malattia psichiatrica né ad assicurare la difesa sociale»⁵⁹⁰. Nella Capitale, il presidente del tribunale chiosa: il ritardo nell'esecuzione delle misure di sicurezza espone a «gravi pericoli» la collettività e le vittime di reato.

⁵⁸⁸ D. Paoloni, in sito internet, *Avvenire.it*, 2017

⁵⁸⁹ Così il Presidente del Tribunale di sorveglianza di Catania (in un'intervista rilasciata a *Avvenire.it*).

⁵⁹⁰ Così rileva il Presidente del Tribunale di Napoli (in un'intervista rilasciata ad *Avvenire.it*).

Le criticità, in tal senso, sono, malauguratamente, presenti anche nelle REMS di Firenze e Bologna, con la conseguenza che si versa nell'impossibilità di procedere all'applicazione della misura anche per lungo tempo.

Prioritario, in riferimento a tali tipologie di problemi⁵⁹¹, sembra essere un intervento teso ad ampliare la capienza di tali strutture, al fine di poter assicurare a tutti i soggetti affetti da disturbi mentali le cure di cui necessitano e, alla collettività, come alle vittime di reato, un'adeguata protezione.

⁵⁹¹ Si è visto che le criticità sono molteplici, dall'assenza di un servizio di sorveglianza penitenziario, fino alla mancanza di celle e sbarre.

CAPITOLO IV

Conclusioni

1. Una visione costituzionalmente orientata

Il diritto penale è fortemente legato al diritto costituzionale, in quanto ne condivide interessi e principi⁵⁹².

Tali principi non lasciano alcun cono d'ombra, si ramificano nell'ordinamento al fine di guidare, da una parte, i consociati verso una condotta di vita il più possibile retta, e, dall'altra, di orientare il discernimento dei giudici in direzione di una quanto più accorta salvaguardia dei diritti della collettività.

Tuttavia, saltuariamente, capita che tali “dogmi” (appunto, i principi) acquisiscano una propria malleabilità, diventando, anche a causa di taluni condizionamenti esterni, flessibili. In particolare, volgendo uno sguardo al tema oggetto di trattazione, è emerso come l'odiosità delle condotte in questione (pedofile), in molti casi, sia in grado di “mutilare” alcuni assiomi penalistici posti a cardine del sistema giuridico.

⁵⁹² «La Costituzione italiana presenta diverse disposizioni precipuamente dedicate ai profili sostanziali della materia penale, la cui articolazione sistematica ha consentito di trarre una ricca messe di principi garantistici sviluppati per definire presupposti, contenuto e limiti della potestà punitiva: taluni sono principi espressi (il principio di legalità, nei fondamentali corollari della riserva di legge e dell'irretroattività, previsti all'art. 25, comma 2 Cost.; il principio della personalità della responsabilità penale, scolpito dall'art. 27, comma 1, Cost.; il principio della finalità rieducativa della pena, indicati nell'art. 27, comma 3, Cost.), altri sono principi implicitamente ricavati da costrutti argomentativi più o meno complessi (il principio di tassatività e determinatezza; il principio di retroattività della legge penale più favorevole; i principi di materialità ed offensività, come pure il principio di extrema ratio), altri ancora sono principi generali del sistema che però trovano, in materia penale, puntuali e peculiari declinazioni (così i principi di eguaglianza, di proporzione e di ragionevolezza)»; così V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in sito internet www.cortecostituzionale.it, 2013.

Infatti i giudici, tanto di merito quanto di legittimità, sovente, svuotano il concetto di pedofilia da ogni sua componente psicopatologica, “derubricandolo” a mero sintomo di un disturbo psichiatrico maggiore⁵⁹³, il quale se assente, ne sancisce l’irrelevanza circa qualsivoglia valutazione inerente alla capacità di intendere e di volere.

Tale orientamento, tuttavia, si colloca in evidente contrasto con la regola generale delineata dalla storica sentenza Raso (Cass. n. 9163 del 2005⁵⁹⁴), risolvendosi in uno schema che richiama la colpa d’autore, ossia un giudizio che pone l’accento primariamente sul reo, riservando al fatto un’attenzione solamente marginale.

Simile attitudine dei giudicanti si pone in forte contraddizione con lo spirito della Carta Costituzionale e con i principi che ivi sono richiamati (primo fra tutti il principio di responsabilità penale, nella sua accezione lata di responsabilità per fatto proprio colpevole), nonché, risulta assai controproducente: infatti, se l’affezione pedofila è di intensità tale da non consentire all’agente di resistere a determinate pulsioni interiori, costui non potrà essere rieducato e, pertanto, continuerà a rimanere socialmente pericoloso.

Il giudice deve, da una parte, sforzarsi di seguire i dettami del mondo scientifico, e, dall’altra, incanalare la coscienza sociale in una direzione più costruttiva. Se i rei pedofili sono di fatto persone (*stricto sensu*) malate o (*lato sensu*) inferme di mente – come appare – non si può sollecitare lo Stato perché punisca un individuo solo per quello che è, aggirando di fatto il dogma della responsabilità penale, come non si può pensare che Esso (lo Stato) possa prendersene carico senza offrirgli una terapia.

⁵⁹³ «La parafilia, in cui rientra la pedofilia, se non accompagnata da un disturbo psichiatrico maggiore, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulle capacità intellettive e volitive della persona» (Cass. n. 6818 del 2015); «È bene ricordare, infatti, che la dottrina scientifica ritiene concordemente che la parafilia o perversione sessuale vada ricompresa tra i disturbi della personalità attinenti alla sfera sessuale [...]» (Cass. n. 15157 del 2010).

⁵⁹⁴ Secondo cui ai fine della sussistenza del vizio di mente per “infermità mentale” devono considerarsi anche i meri disturbi della personalità, purché sia di intensità tale da escludere o quantomeno far grandemente scemare la capacità di intendere e/o di volere.

Il principio di responsabilità⁵⁹⁵ è il perno attorno al quale si edifica il nostro ordinamento penale, il quale, a sua volta, è fortemente legato al parametro costituzionale della colpevolezza; le istanze punitive sostenute dallo Stato hanno l'indefettibile necessità che vi sia un legame psicologico tra il fatto ed il suo autore.

La Corte Costituzionale definisce la colpevolezza «quale fondamento etico della responsabilità penale»⁵⁹⁶: essa, di conseguenza, ha l'innegabile merito di identificarsi come pietra angolare della prescrizione morale del diritto penale, in quanto un soggetto sarà penalisticamente rimproverabile solo ed unicamente se il fatto tipico ed antiggiuridico gli appartenga anche da un punto di vista psicologico⁵⁹⁷. Segnatamente, l'agente, affinché possa infrangere la norma di condotta cristallizzata nel precetto penale, dovrà essere capace di intendere e di volere, vale a dire, dovrà essere in grado di autodeterminarsi e di comprendere la situazione contingente⁵⁹⁸.

Pertanto, presupposto affinché il reo possa soggiacere alle pretese punitive dello Stato è che costui sia imputabile: le capacità cui all'art. 85 del codice penale⁵⁹⁹ divengono il mastice che unisce idealmente la colpevolezza e la funzione general⁶⁰⁰ e special⁶⁰¹-preventiva propria della sanzione penale, la quale ai sensi

⁵⁹⁵ "Personale e colpevole" affermerà la Cort. Cost. con la sentenza n. 364 del 1988.

⁵⁹⁶ *Ibidem*.

⁵⁹⁷ L'imputabilità, come presupposto della colpevolezza, costituisce un vero e proprio elemento essenziale circa la struttura del reato (insieme alla tipicità, se si abbraccia al teoria bipartita, o con l'aggiunta dell'antigiuridicità, se si opta per la teoria tripartita). Tale concezione supera di fatto le precedenti, che, diversamente, collocavano l'imputabilità al di fuori degli elementi necessari del reato: nella prima teoria, che descriveva l'imputabilità come capacità di diritto penale, essa era anteposta al reato, mentre in un seconda teoria (anch'essa, ovviamente, superata) l'imputabilità era posposta ad esso (al reato), identificandosi come mero elemento di assoggettabilità alla pena (imputabilità come capacità di pena).

⁵⁹⁸ Coerentemente con la concezione normativa della colpevolezza (cfr. Cap. I). Secondo tale concezione «la colpevolezza stessa si configurerebbe come divergenza, nel caso concreto, tra la coscienza e volontà che l'ordinamento esige da un determinato soggetto, e la coscienza e la volontà quali si manifestano nella condotta integrativa del fatto di reato»; così C. Ottonello, in www.diritto-penale.it.

⁵⁹⁹ Di intendere e di volere"

⁶⁰⁰ Per general prevenzione si intende la minaccia perpetrata dallo Stato mediante la pena, la quale mira a dissuadere chiunque dal porre in essere fatti di reato.

⁶⁰¹ La funzione special preventiva della pena è rivolta precipuamente nei confronti di tutti quei soggetti che già hanno commesso un reato: la pena svolge, infatti, una funzione di prevenzione speciale nella misura in cui essa riesce effettivamente ad impedire che il connato ricada nel reato.

dell'art. 27, comma 3 della Cost. deve “tendere alla rieducazione del condannato”: il fine rieducativo della pena abbraccia un'evidente idea special preventiva, assurgendo a più efficiente strumento di prevenzione speciale, cioè di risocializzazione del condannato (il quale, tuttavia, per poter esserne valido destinatario indefettibilmente dovrà essere in grado di percepire il valore morale sotteso all'azione (di rimprovero) condotta dallo Stato).

Il legislatore, avvertendo la necessità di definire il più possibile i contorni di tale *status* soggettivo ha tipizzato alcune cause che escludono l'imputabilità (e di conseguenza fanno venire meno la colpevolezza): l'ubriachezza, la minore età, il sordomutismo e la tossicodipendenza⁶⁰². Tra esse rivestono un ruolo centrale le disposizioni di cui agli artt. 88 e 89 del codice penale, le quali recano rispettivamente: “vizio totale di mente” e “vizio parziale di mente”⁶⁰³.

Egli (il legislatore) ha dunque voluto dare rilevanza a tutti quegli stati interiori che fossero capaci di poter alterare l'equilibrio psichico dell'agente, orientandone l'agire e obnubilandone la volontà, indipendentemente dalla loro appartenenza o meno ad un quadro nosografico: «non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo»⁶⁰⁴.

Solo il soggetto sano di mente è in grado di comprendere il significato del proprio comportamento, valutare le possibili conseguenze del proprio agire, inibire o attivare i propri impulsi; in conformità con il principio della responsabilità personale sancito dall'articolo 27 della Costituzione, il quale impone di considerare il soggetto agente suscettibile di rimprovero se l'azione o l'omissione

⁶⁰² Si veda Cap. I, §8.1; 8.2; 8.3; 8.4

⁶⁰³ Il vizio è “totale” allorché l'infermità mentale sia di intensità tale da escludere totalmente la capacità di intendere e di volere, viceversa, esso sarà “parziale” nel caso in cui tale capacità risultino “grandemente scemate”. Inoltre, è bene precisare che, il vizio di mente non deve necessariamente essere permanente, in quanto è sufficiente che sussista «al momento del fatto», così come disposto dagli stessi artt. 88 e 89 c.p.

⁶⁰⁴ Cass. n. 9163 del 2005

appare sorretta dalla coscienza e volontà di commetterla e, appunto, dalla capacità di intendere e di volere.

L'imputabilità, quindi, si presenta come il «fondamento del giudizio di colpevolezza, o detto in altri termini, il *prius* logico e giuridico per considerare un soggetto responsabile penalmente»⁶⁰⁵.

2. La contraddittoria soluzione giurisprudenziale

L'attenzione degli interpreti spesso si è concentrata sugli articoli 88 e 89 del codice penale, cioè, più nello specifico, riguardo quegli elementi (infermità mentale) che escludono la capacità di intendere e di volere totalmente o parzialmente (nel caso in cui dette capacità siano “grandemente scemate”).

In particolare, suddetti articoli individuano nell'infermità mentale la causa precipua che determina il venir meno dell'imputabilità, così come definita dall'art. 85 del codice penale. Tale nozione, richiama ineluttabilmente un pensiero di matrice scientifica, essendo il vizio di mente (e di conseguenza l'infermità mentale) strettamente connesso a tale materia (scienza).

La giurisprudenza in un primo momento fu influenzata, nel definire il perimetro del vizio di mente, dall'idea scientifica, la quale a fronte di una concezione medico-organicistica dava rilievo solamente alle malattie mentali intese *stricto sensu*, cioè, quali «gravi psicosi acute e croniche accertate clinicamente», nonché alle «insufficienze cerebrali originarie o sopravvenute di carattere organico o anatomico»⁶⁰⁶.

Tuttavia, siffatto pensiero mal si conciliava con la suddetta concezione normativa della colpevolezza⁶⁰⁷, la quale, è bene ripeterlo, individuava come presupposto del rimprovero, per l'atteggiamento antidoveroso dell'agente, l'idoneità dello stesso

⁶⁰⁵ V. Boncristiano, *Considerazioni sull'infermità mentale penalmente rilevante, in particolare sul disturbo di personalità quale causa di non punibilità del soggetto agente*, in pagina web www.altalex.com, 2015.

⁶⁰⁶ Cass. n. 16940 del 2004.

⁶⁰⁷ § retro.

ad orientarsi nel mondo esterno, in un quadro di esatta percezione della realtà e nella piena realizzazione del significato delle proprie condotte, delle loro ripercussioni, nonché nell'attitudine ad autodeterminarsi in relazione agli impulsi della propria psiche⁶⁰⁸.

Sicché si iniziò ad avvertire l'esigenza di rinnovare tale indirizzo, ridefinendo i contorni del vizio di mente: si sviluppò, in tal senso, un orientamento che interpretò il concetto di infermità mentale, recepito dal codice penale, in maniera estesa, riconoscendo la presenza di un vizio di mente anche nei confronti di soggetti che non presentavano un'affezione che si identificasse in una malattia in senso stretto⁶⁰⁹.

In particolare a destare definitivamente chiarezza furono le S.U. del 2005, con la celebre sentenza Raso⁶¹⁰. Secondo i giudici di legittimità «non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogata nel novero delle malattie elencate nei trattati di medicina, quanto che il disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso, sia di recepire il significato del trattamento punitivo».

La sentenza *de quo* si è pronunciata preferendo una nozione di infermità, di cui agli articoli 88 e 89 c.p., tale da abbracciare anche i disturbi della personalità⁶¹¹ (sempre che essi siano di intensità tale da escludere totalmente o, quantomeno, scemare grandemente la capacità di intendere e di volere).

⁶⁰⁸ Ossia, la capacità di intendere e di volere.

⁶⁰⁹ Cfr. Cass. n. 19532 del 2003, la quale dispone: «*Il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche i soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità [...]*»; in tal senso anche Cass. n. 8084 del 1987: «*Ai fini della sussistenza del vizio parziale o totale di mente, l'infermità mentale, anche se esprime un concetto più ampio di quello di malattia, deve, tuttavia, dipendere da una causa patologica, non necessariamente inquadrabile nelle figure tipiche della nosografia clinica, ma sempre tale da alterare i processi dell'intelligenza della volontà [...]*».

⁶¹⁰ La già citata sent. n. 9163 del 2005

⁶¹¹ Secondo il DSM (manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali) i disturbi della personalità comprendono il disturbo paranoide, schizoide, schizotipico, antisociale, narcisistico, borderline, ecc., ai quali, tuttavia devono aggiungersi i disturbi della personalità "non altrimenti specificati", nei quali sarebbero ricondotte le alterazioni di funzionamento della personalità che non soddisfano i criteri per poter rientrare nella categoria dei disturbi c.d. "tipici".

Il disturbo pedofilo, come più volte sottolineato dalla trattazione, è difficilmente inquadrabile in un preciso catalogo nosografico, in quanto, tuttora, non si è giunti ad un approdo definitivo e generalmente accertato. Esso, secondo la concezione più accreditata, rientrerebbe fra le parafilie, ossia tra i disturbi afferenti la sfera sessuale.

Al fine di un più corretto inquadramento del fenomeno, in riferimento ad una sua eventuale incidenza riguardo il giudizio sull'imputabilità, è utile osservare come l'incertezza scientifica venga tradotta all'interno delle aule dei tribunali.

I giudicanti partono nella loro analisi dal dato scientifico, ricollegando, secondo la nozione sopra fornita, il disturbo pedofilo al concetto di parafilia, la quale è a sua volta ricompresa nel novero dei disturbi della personalità: *«È bene ricordare, infatti, che la dottrina scientifica ritiene concordemente che la parafilia o perversione sessuale (della quale la pedofilia è una sottocategoria) vada ricompresa tra i disturbi di personalità attinenti alla sfera sessuale [...]»*⁶¹².

Eppure, il trend giurisprudenziale in Italia è teso nel senso di negare rilievo al disturbo pedofilico come stato mentale sufficiente ad integrare una causa di esclusione dell'imputabilità ai sensi degli articoli 88 e 89 del codice penale⁶¹³. Infatti, un orientamento saldamente consolidato della giurisprudenza sia di merito che di legittimità si pronuncia preferendo una visione restrittiva della malattia mentale, la quale esclude, di fatto, che le parafilie possano rientrare nel novero delle infermità penalmente rilevanti, non badando al principio di diritto tracciato dalla sentenza Raso (divenuto principio generale⁶¹⁴): *«la parafilia, in cui rientra la pedofilia, se non accompagnata da un disturbo sessuale maggiore, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulle capacità intellettive e volitive della persona»*⁶¹⁵.

⁶¹² Cass. n. 15157 del 2010.

⁶¹³ Vizio totale e vizio parziale di mente.

⁶¹⁴ Il quale viene riconosciuto e riportato nel disegno di legge (che a breve entrerà in vigore) di modifica del codice penale, di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario.

⁶¹⁵ Così Cass. n. 6818 del 2015, la quale si colloca sulla stessa linea di sentenza precedenti, quali: Cass. n. 434135 del 2003; Cass. n. 15157 del 2010; Cass. n. 1518 del 2011.

Segnatamente, pur riconoscendo la pedofilia come una parafilia, e dunque come un disturbo mentale (*rectius*, della personalità), la Corte di Cassazione ha più volte concluso che gli imputati pedofili non difettano della capacità di intendere e di autodeterminarsi « in relazione ai normali impulsi che motivano l'azione»⁶¹⁶.

Ciò che emerge dal dato giurisprudenziale è l'evidente contraddizione in cui cade la Suprema Corte: da una parte riconosce la pedofilia come una parafilia (riconducendo quest'ultima nell'alveo dei disturbi della personalità), dall'altra, tuttavia, svuota di ogni significatività psicopatologica l'affezione pedofilica, considerandola solo come un mero sintomo di un eventuale "disturbo psichiatrico maggiore".

La conseguenza è intuitiva: viene negata al disturbo pedofilico qualsiasi rilevanza in riferimento al giudizio sull'imputabilità.

I giudicanti, al fine di atteggiarsi in ossequio ai principi scolpiti nella Carta Costituzionale, doverosamente, dovrebbero vagliare l'intensità di tale affezione, per poter setacciare la psiche del reo e concludere sulla presenza o meno di un vizio di mente. Ciò, al fine (come si vedrà meglio nel § 3 del corrente capitolo) di poter garantire al reo le adeguate misure terapeutiche (nonché osservare e affermare il diritto al reinserimento sociale dell'individuo), da un lato, e, dall'altro, di poter tutelare a fondo la collettività dal rischio (elevato) che un soggetto pericoloso ha di ricadere nel reato⁶¹⁷.

Per completare queste brevi considerazioni è opportuno richiamare nuovamente la Costituzione. È la prospettiva di un diritto penale costituzionalmente orientato che ci permette di condividere l'impostazione delle Sezioni Unite del 2005 (Raso). È proprio la Costituzione, infatti, ad esigere che «non ci si fermi ad una valutazione centrata *sic et simpliciter* sull'assenza di una malattia per giudicare un soggetto capace, ma esige un'analisi attenta alle gravi forme di disturbo mentale la cui

⁶¹⁶ Cass. 12 febbraio 1982, sentenza riportata in V. Mastroianni, *Manuale per operatori criminologici e psicopatologici foresi*, Milano, 2012, p. 348

⁶¹⁷ Il giudice optando per il riconoscimento della capacità di intendere e di volere, di fatto esclude che il soggetto possa beneficiare dei trattamenti terapeutici di cui un malato (nel caso, ovviamente, in cui il reo sia effettivamente affetto da un disturbo) ha bisogno. Di conseguenza, una volta scontata la propria pena, il pedofilo rimarrà un soggetto pericoloso, ancora proclive a delinquere, con il nefasto risultato che la tutela della collettività non verrà salvaguardata.

sussistenza impedisce di considerare un soggetto pienamente capace di intendere e di volere.

Tale scelta *sui generis* di tutela della collettività (consistente nel non riconoscere alcun valore psicopatologico al disturbo pedofilico) trova le sue fondamenta concettuali nella ammorbata percezione che la società ha del fenomeno. I moti di disprezzo, caldeggiati dalla società, affrancano i giudici dalla scelta circa un difficile equilibrio di interessi che per loro natura sono contrapposti. I mass media, certamente ispirati da una spasmodica attenzione verso l'audience, non trovano freni nel ricalcare un dipinto quanto più abietto del fenomeno. Ed, infine⁶¹⁸, il mancato allineamento del sapere scientifico, il quale porta come dote un inevitabile senso di confusa insicurezza, ha come unico approdo quello di «condizionare fortemente il modo d'atteggiarsi della giustizia penale»⁶¹⁹.

2.1 Epidemiologia ed eziologia della pedofilia

Il termine “pedofilia” racchiude in se numerose accezioni: giuridiche, mediche, sociali e culturali. È di primaria importanza «verificare se si può parlare di pedofilia (anche) in termini scientifici o se, come in molti altri casi, viene utilizzato un termine onnicomprensivo e sempre più destituito di senso»⁶²⁰.

Schinaia⁶²¹ segnala che il termine pedofilia può essere considerato un “*termine omnibus*”, che ha dentro di se una miriade di situazioni cliniche differenti, che vanno dal mero impulso, fino al più crudele agito⁶²². Sicché tale fenomeno necessita di essere analizzato su più livelli, in quanto il comportamento pedofilo si

⁶¹⁸ Ad essi devono necessariamente aggiungersi anche i problemi emersi in riferimento alle nuove residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) entrate in vigore nel 2015 e sostitutive degli Ospedali psichiatrici giudiziari, di cui si parlò più approfonditamente nel capitolo precedente e che verranno richiamati nei paragrafi finali (§3; §4).

⁶¹⁹ G. Fiandaca, in un commento alla sentenza n. 9163 del 2005 (Raso), *L'imputabilità nella interazione epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Legislazione penale*, UTET, 2006.

⁶²⁰ C. Schinaia, *Pedofilia-Pedofilie. La psicoanalisi e il mondo del pedofilo*, Torino, 2001, p. 158

⁶²¹ Psicologo e psicoanalista, autore di varie opere sull'argomento.

⁶²² C. Schinaia, *op. cit.*

articola in differenti situazioni, «difficilmente spiegabili dal semplice fatto che un adulto è sessualmente stimolato da un bambino»⁶²³.

Ci sono individui, infatti, che pur essendo sessualmente stimolati dai bambini, hanno fonti alternative di gratificazione sessuale, o sono «inibiti da un ordinario controllo sociale»⁶²⁴. La difficoltà nel raccogliere ed individuare tutte le numerose contingenze che posso influire sulla struttura psichica di tali soggetti comporta che ancora oggi non sembra possibile attribuire l'eziopatogenesi della pedofilia ad un'unica classe di eventi, sia intrapsichici che esterni, in considerazione anche del fatto che non esiste un'unica tipologia di pedofilia.

Nel corso degli anni sono state avanzate numerose teorie sulle diverse ipotesi interpretative riguardo all'origine del comportamento pedofilico. Le teorie maggiormente accreditate sia in psicologia che in psichiatria fino ai primi anni del Novecento, consideravano le perversioni sessuali semplicemente come delle sindromi psicopatologiche caratterizzate da alterazioni qualitative dell'istinto sessuale⁶²⁵. Con lo sviluppo della scienza psicologica e psichiatrica sono state prodotte varie teorie sull'origine della pedofilia, alcune in evidente contrapposizione con altre.

Taluni dei contributi teorici maggiormente significativi e attualmente più utilizzati in ambito clinico sono: la psicoanalisi⁶²⁶, la teoria dell'abusato abusatore⁶²⁷,

⁶²³ G. Cifaldi, *Pedofilia, tra devianza e criminalità*, cit., p.31

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ La concezione psicoanalitica classica sostiene che l'atto pedofilo è legato a fissazioni e regressioni verso forme di sessualità infantile. La paura di affrontare una donna adulta lo fa ripiegare verso un soggetto meno "potente" e quindi, meno ansiogeno, con il quale può evitare la penetrazione o, se la affronta ciò avviene in una posizione di "forza". Secondo tale concezione della pedofilia è possibile distinguere tra quello che si definisce "comportamento" o "fantasia" pedofiliaca di natura occasionale, ed il vero "pervertito pedofilo ossessivo", che deve avere un'attività sessuale con un bambino per non soffrire di una di una "intollerabile e angosciosa ansia". Le basi su cui si fonda questa teoria sono esclusivamente derivate da osservazioni cliniche e in ogni caso spiegano molto poco del perché viene scelta da alcuni individui la pedofilia come meccanismo di difesa piuttosto che qualsiasi altro possibile meccanismo difensivo (maggiori esponenti di siffatta teoria sono Kaplan, Gabbard, Fenichel e Freud).

⁶²⁷ Secondo la teoria dell'abusato-abusatore, la pedofilia è causata dal fatto che i colpevoli sessuali sono stati loro stessi abusati durante l'infanzia (tale teoria fu coniata da Garland e Dougher, psichiatri americani). I reati che commette l'aggressore adulto possono, quindi, essere in parte una ripetizione ed un riflesso di un'aggressione sessuale subita da bambino, un "tentativo distorto di dare uno sbocco a traumi sessuali precoci irrisolti".

l'identificazione parentale⁶²⁸, la psichiatria⁶²⁹ e il modello neuropsicologico e biologico⁶³⁰.

Le sopracitate teorie si sforzano di ricercare una quanto più coerente definizione del fenomeno, che non si fermi ad una mera indagine semantica. Secondo psichiatri e psicologi, che hanno contribuito alla formazione di tali studi, l'eziopatogenesi del disturbo pedofilico può essere di natura multifattoriale.

Essa, infatti, ben potrà originarsi da una sorta di meccanismo difensivo *sui genreis*, che porta l'individuo a riversare le proprie attenzioni (non necessariamente sessuali) verso soggetti maggiormente indifesi, secondo una logica che tende a sopraffare il prossimo: ma non solo. Non è escluso, altresì, che il pedofilo maturi tali istinti a seguito di una uguale esperienza passata, la quale porta l'agente a vestire prima i panni dell'abusato per poi seguire la strada dell'abusatore. Inoltre fra i fattori che possono influire sulla struttura volitiva del pedofilo deve necessariamente essere annoverato il contesto in cui il soggetto vive o in cui ha vissuto (familiare e sociale), nonché un fattore intrapsichico, il quale, secondo taluni studi, emergerebbe a seguito del sopraggiungere di disfunzioni cerebrali.

Il fenomeno in questione si caratterizza per essere denso di variabili, non solo riferite alle diverse "tipologie" del disturbo, ma anche e soprattutto rispetto l'eziopatogenesi dello stesso, la quale trova i propri primordi in una innumerevole serie di contingenze (sia esterne che interne al soggetto).

⁶²⁸ Tale branca di ricerche sulle origini della pedofilia sostiene che gli aggressori sessuali sono con molta probabilità cresciuti in famiglie devianti (Bandura, Walters, Sears, i sostenitori più autorevoli di questa concezione).

⁶²⁹ La psicodiagnostica psichiatrica ipotizza l'esistenza di una pedofilia primaria che comporta in una certa misura, come teorizzato da Glasser, "un'integrazione dell'lo pedofilo ed una conseguente stabilità della sua personalità", e di una pedofilia secondaria, conseguente "ad altre gravi psicopatologie come la schizofrenia, alcune psicosi organiche ed altre ed altre condizioni in cui la personalità si disintegra, provocando una serie di comportamenti perversi".

⁶³⁰ Secondo alcuni studi (sostenuti principalmente da Scott) una parte consistente di pedofili hanno una disfunzione cerebrale, la quale potrebbe essere il fattore scatenante del disturbo oggetto di trattazione. Strumento utilizzato per compiere tale tipologia di analisi è la misurazione dell'attività cerebrale mediante l'utilizzo dell'elettroencefalogramma. A seguito di tali analisi venne rilevato come nei pedofili vi siano dei cambiamenti nelle funzioni dell'emisfero cerebrale dominante.

Pertanto sarebbe auspicabile da parte dei giudici, sia di merito che di legittimità, una più accorta collaborazione con gli esperti del settore scientifico, che permettano agli stessi di costruire delle basi argomentative tali da poter vagliare pienamente la natura, l'essenza e la struttura del disturbo pedofilico, e gli consentano (*rectius*, li persuadano) una più incisiva valutazione circa l'effettiva portata e l'intensità dell'infermità mentale, superando le tanto frequenti, quanto controproducenti, sentenze pilatesche (che costituiscono l'odierno trend giudiziario in materia, e che si caratterizzano per negare aprioristicamente qualsivoglia incidenza di tale parafilia sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente).

Un altro settore su cui si sono soffermate le attenzioni degli esperti riguarda l'epidemiologia della pedofilia: ossia, la misurazione della reale diffusione.

È opportuno premettere che la sfida raccolta da psicologi e psichiatri non è delle più semplici: infatti, i numeri epidemiologici provengono quasi unicamente dalle condotte delittuose conosciute, cioè dichiarate o denunciate. Inoltre, come si può immaginare, i pedofili non sono particolarmente proclivi a confidare le proprie preferenze sessuali, che siano agite o meno⁶³¹. Sicché si dovrà tener conto di un'ineliminabile cifra oscura, data dal conteggio degli episodi non "denunciati", ma anche da tutti i casi in cui il pedofilo, pur soffrendo del disturbo, non abbia ancora agito seguendo i propri impulsi sessuali.

Secondo alcuni studi⁶³², la diffusione della pedofilia è di circa l'1% dell'intera popolazione, o perfino il 5% allorché nella stima vengano incluse anche le mere fantasie sessuali. Inoltre, la percentuale può variare fino a lambire il 30% se

⁶³¹ Per via di ragioni socio-culturali e moralistico-religiose.

⁶³² In particolare è interessante sottolineare i risultati cui è pervenuto uno studio condotto in America, nel quale furono intervistati 193 studenti di sesso maschile, di cui il 21% ha sostenuto di nutrire un certo interesse di natura sessuale verso i bambini; il 9% ha dichiarato di avere fantasie sessuali su di essi, il 5% ha ammesso di aver raggiunto l'orgasmo durante la masturbazione attraverso "fantasie" pedofiliche, ed, infine, il 9% ha confidato che avrebbe un rapporto sessuale con un bambino se avesse contezza di non sarebbe scoperto. Il citato studio fu condotto da J. Briere, M. Runtz, *University males' sexual interest in children: predicting potential indices of "pedophilia" in a nonforensic sample*, in *Child Abuse Negl.*, 1989, vol. 13, p.68.

È da aggiungere che sebbene la pedofilia sia considerata una patologia prettamente maschile, un sondaggio ha rilevato il 14-24% delle vittime di sesso maschile ed il 6-14% delle vittime di sesso femminile abbiamo subito l'abuso da parte di una donna (cfr. A. H. Green, *Female sex offenders*, in *Sexual Aggression*, American Psychiatric Press, 1999).

si prendono in considerazione solo soggetti che abbiano già un precedente per abusi sessuali, fino a raggiungere il 61% nei rei con tre o più precedenti di nature sessuale⁶³³.

La pedofilia, come anche sottolineato nel corso della trattazione⁶³⁴, è un'attenzione che un certo soggetto (di età adulta) riversa su un minore (solitamente prepubere). Suddetta inclinazione non sempre è di matrice parafilica o patologica: è bene precisare che l'orientamento sessuale ed il disturbo psichico sono due atteggiamenti interiori ben distinti.

È semanticamente “pedofilo” sia colui che circoscrive tale attitudine alla propria sfera interiore, senza che si estrinsechi in un agito, sia colui che, viceversa, sospinto da pulsioni più o meno irrefrenabile, abusa. Il *discrimen* tra un individuo sano ed uno malato risiede nel rapporto che intercorre tra il grado con cui tali fantasie si manifestano e la tempra morale (*rectius*, psichica) dell'agente. Colui il quale manifesti delle perversioni “controllabili”, tali da non obnubilare la propria capacità di autodeterminarsi e di discernere, non sarà un disturbato e mai potrà considerarsi o essere considerato come tale. Contrariamente, nel caso in cui la fantasia pedofila sia di intensità tale da recidere ogni capacità di controllo del soggetto, “costringendolo” ad assecondare tali pulsioni, allora (e solo ora) costui potrà verosimilmente essere affetto da una malattia.

Segnatamente, può dirsi esistente sia una “pedofilia malata” sia una mera “pedofilia-perversione”, le quali non devono essere trattate e considerate come un tutt'uno, in quanto sono infinitamente differenti tra loro, giacché condividono solo una comune “deviazione” verso i *desiderata* sessuali.

⁶³³ Tali analisi sono state condotte e riportate da M. Seto., *Pedophilia*, in *Annu. Rev. Clin. Psychol.*, 2009, vol. 5, pp. 391-407. – *Child pornography use and internet solicitation in the diagnosis of pedophilia*, 2010, *Arch. Sex. Behav.*, vol. 39, pp. 591-593 (professore presso l'università di Toronto).

⁶³⁴ In particolare si veda il §6.1 del cap. II.

3 Conclusioni: il difficile equilibrio fra tutela della collettività, prevenzione e repressione

Concludendo, è bene trarre le somme di quanto fin qua detto: dalla trattazione, che si prometteva di analizzare trasversalmente i contorni di un fenomeno per certi versi amorfo, emergono molteplici spunti di riflessione e domande, ma ben poche risposte.

La pedofilia ha sempre rappresentato un'ombra nella coscienza comune, in quanto colpisce la sensibilità e la morale della maggior parte dei membri della società: ombra esacerbata dal proliferare della dis-informazione, dei pregiudizi e del difficile inquadramento scientifico.

Il concetto di pedofilia, infatti, ancora non è stato collocato in un contesto nosografico certo. Manca, come anche sottolineato in precedenza, una definizione generalmente riconosciuta ed accreditata. Tale incertezza viene letta con insicurezza dalla giustizia, la quale, tuttora, sembra inesorabilmente orientata verso una direzione contraddittoria: le SS.UU. del 2005⁶³⁵, tracciando il principio di diritto secondo il quale non sarebbe necessario, al fine dell'accertamento del vizio di mente, che il disturbo sia ricompreso nell'alveo delle malattie mentali "certificate"⁶³⁶, (essendo sufficiente anche un "normale" disturbo della personalità⁶³⁷ che, però, sia talmente grave, intenso e consistente da escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere), non sembra trovare il

⁶³⁵ Sentenza Raso, n. 9163 del 2005 (Cass. SS. UU.)

⁶³⁶ Per completezza è bene riportare alcuni studi che hanno evidenziato come i cervelli dei pedofili presentano volumi di materia bianca e materia grigia più bassi del normale (Cantor, Schiffer, 2008). Inoltre vi sono due *case studies* piuttosto famosi nel ramo oggetto di trattazione che riguardano la comparsa e la scomparsa dell'interesse pedofilico a seguito di un infarto cerebrale e di un tumore al cervello (dove gli interessi pedofilici sono iniziati al momento della crescita del tumore e sono scomparsi quando è stato rimosso; tornando nuovamente quando il tumore si è ripresentato, e nuovamente scomparso a seguito di una seconda asportazione); (N. Jawad, *Altered sexual orientation following dominant hemisphere infarct*, 2009; J. Burns, *Right orbitofrontal tumor with pedophilia symptom and constructional apraxia sign*, 2003). Questo per evidenziare come il disturbo pedofilico potrebbe nascere da una vera e propria alterazione strutturale del cervello, su cui, ovviamente, nessun individuo può averne il controllo (ciò potrebbe influire e non poco sull'orientamento giurisprudenziale dominante (nonché sulla percezione sociale di tale fenomeno).

⁶³⁷ Categoria nella quale rientra la pedofilia.

dovuto riscontro nel caso in cui l'affezione sia caratterizzata da un disturbo pedofilo⁶³⁸.

La conseguenza è che «al disturbo mentale è riservato uno statuto particolare, una condizione di instabilità, che trasforma l'argomento in uno spazio di ricerca e di confronto polemico, anziché un luogo di incontro irenico»⁶³⁹.

Così come «non esiste vento a favore per il marinaio che non sa dove andare»⁶⁴⁰, anche per i giudici sarà difficile seguire una rotta il più possibile coerente, in assenza di un approdo definitivo e generalmente accettato dal mondo scientifico.

Tale incertezza viene nutrita altresì dai moti di censura moralistico-sociali che fervidamente sono patrocinati dalla società (fomentata, talvolta, dall'estremizzazione e spettacolarizzazione massmediatica), che umanamente, sovente, riescono a fare breccia anche sul discernimento del giudice stesso.

Egli (il giudice), essendo prima di tutto un uomo, con innegabile difficoltà si farà trovare insensibile alle istanze di “giustizia” caldegiate dalla folla, con il rischio che proprio tale sua decisione, sostenuta dai più, potrebbe riverberarsi negativamente su di essi (sulla collettività, appunto). Infatti (come anche approfondito nel capitolo II), nel caso in cui l'agente non fosse mosso da una volontà cattiva, ma da una irrefrenabile pulsione (evidentemente afferente ad un più vasto quadro psicopatologico), non potrebbe accogliere il proposito rieducativo sotteso alla pena e, di conseguenza, una volta scontata, continuerebbe a rimanere indifferente (e socialmente pericoloso) verso la funzione general preventiva della sanzione penale, la quale, tuttalpiù, potrebbe ingenerare l'effetto opposto: vale a dire, potrebbe portare il soggetto a pianificare più accuratamente il proprio agire al fine di evitare di essere nuovamente punito.

Segnatamente, in tal senso, la pena assolverebbe soltanto ad una funzione di difesa sociale: una fase di stasi, della quale non beneficerebbero né l'individuo né la collettività.

⁶³⁸ Varie sentenze (§ 6 cap. II) sembrano confermare tale assunto.

⁶³⁹ P. Rossi, *La salute mentale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016

⁶⁴⁰ Seneca, *Epistulae*.

Sicché, l'applicazione della più severa fra le pene, potenzialmente (e paradossalmente), potrebbe esporre proprio la collettività ad un pericolo maggiore: la situazione, semplicemente, è controproducente sia nell'ottica della rieducazione che della prevenzione della recidiva, e dunque non giova a nessuno. L'internamento carcerario «determina un costante e progressivo deterioramento delle loro condizioni psicofisiche e li sottrae al necessario confronto con la realtà, rafforzando in loro la convinzione dell'inutilità di un'esperienza detentiva priva di strumenti di riflessione»⁶⁴¹.

Non si nega la complessità del tema del trattamento dei pedofili, anche e soprattutto da un punto di vista "etico". Ciò, in quanto, il trattamento deve rappresentare un beneficio per un soggetto spesso ritenuto vile oltre ogni limite, aiutandolo ad identificare ed intervenire sulle cause del suo comportamento e migliorando dunque la sua qualità di vita.

Se il pedofilo è un malato, deve essere curato. E, anche se ha commesso un delitto altamente riprovevole, rimane comunque un malato, il quale, come anche previsto dal testo, già approvato dal Senato, di modifica del codice penale, deve essere sottoposto a «misure terapeutiche e di controllo, determinate nel massimo e da applicare tenendo conto della necessità di cura, e prevedendo l'accertamento periodico della persistenza della pericolosità sociale e delle necessità della cura e la revoca della misura quando la necessità della cura o la pericolosità sociale siano venute meno»⁶⁴².

Solo attraverso un siffatto meccanismo (che deve basarsi non solo su principi giuridici, ma anche su studi sociali e criminologici), nato dal bisogno di prevenire la recidiva, la legge è davvero in grado di rispondere alle esigenze di tutela della collettività che si prefigge.

Tuttavia, purtroppo, il giudicante non sembra biasimabile più di tanto.

⁶⁴¹ I. Toccafondi, *Percorsi trattamentali per il delinquente sessuale a partire dal carcere: analisi della relazione socioeducativa e patto di fiducia*, in AA.VV., *aggressioni sessuali; dal carcere alla società: ipotesi di strategie di trattamento*, Milano, 2006, p. 491

⁶⁴² Così il testo RGS 0041298/2017 di modifica del codice penale.

A seguito della l. n. 81/2014 il legislatore ha sostituito i vecchi OPG⁶⁴³ con le REMS⁶⁴⁴, le quali, differentemente dal proprio predecessore, sembrano decisamente più adeguate a garantire quelle “misure terapeutiche” di cui poc’anzi si parlava. Eppure, esse⁶⁴⁵, per struttura e finalità non sembrano garantire alla collettività un’adeguata protezione, essendo, tali istituti, sprovvisti di polizia penitenziaria, celle, sbarre e quant’altro caratterizzava i passati OPG.

Il giudice quindi si trova, di fatto, tra l’incudine e il martello. Da una parte, optando per l’applicazione di una pena detentiva (e quindi riconoscendo la presenza delle capacità di cui all’art. 85 c.p.⁶⁴⁶) assicurerebbe una protezione effettiva (ma temporanea) alla collettività; senza, però, dirimere il problema riguardo la pericolosità sociale del reo. D’altro canto, preferendo l’adozione di una misura di sicurezza come la REMS, correrebbe inevitabilmente il rischio che il soggetto, sottoposto alle cure del caso, ma non adeguatamente “sorvegliato”, possa senza troppe difficoltà commettere altri fatti di reato (o comunque fuggire).

La legge 81/2014 deve essere presa come un punto di partenza dal quale iniziare a costruire un sistema realmente in grado di assicurare, contestualmente, l’adozione di misure terapeutiche e una concreta difesa alla collettività.

In attesa delle modifiche necessarie, il giudice dovrebbe orientare le proprie scelte alla luce degli inderogabili principi costituzionali che permeano la materia penale: il principio di uguaglianza, del fine rieducativo della pena, di garanzia.

Se il pedofilo davvero non è in grado di intendere e di volere, come ogni infermo di mente, deve poter beneficiare delle cure necessarie tese ad una sua risocializzazione. Negare il diritto alla reintegrazione sociale non solo vitupererebbe lo spirito della Carta costituzionale, ma altresì, sarebbe in grado di assicurare solamente una momentanea (e parziale) protezione alla comunità⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Ospedali psichiatrici giudiziari.

⁶⁴⁴ Residenza per l’esecuzione delle misure di sicurezza.

⁶⁴⁵ Per un approfondimento dei pregi e delle criticità di tale istituto si vedano i § 5., 5.1, 5.2 del cap. III

⁶⁴⁶ Capacità di intendere e di volere

⁶⁴⁷ «Non è forse inopportuno ricordare che nel nostro sistema giuridico il concetto stesso di responsabilità penale trova fondamento nel principio della imputabilità, secondo cui una persona

4 Possibili soluzioni normative

Al fine di superare (o quantomeno tentare di superare) tali incertezze, come tratteggiato nei paragrafi precedenti, è auspicabile più di un intervento del legislatore.

In primis, come anche previsto dalla proposta⁶⁴⁸ di riforma del codice penale, è necessario effettuare una revisione del modello definitorio del concetto di infermità mentale, «mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità»⁶⁴⁹, allo scopo di poter trattare pariteticamente alle malattie “riconosciute” anche affezioni che non rientrano nel tassativo catalogo patologico, ma, infierendo sulla psiche del soggetto, ne plagiano allo stesso modo l’agire.

Ruolo di primaria importanza, di conseguenza, dovrà essere rivestito dalla collaborazione tra giudice e perito, ed, in particolare, dal sapere dell’esperto, del quale si avvarrà il giudicante per comprendere appieno, e nel migliore dei modi, l’effettiva incidenza che il disturbo (non più necessariamente patologico) ha avuto nell’agito del reo.

Un altro problema che necessariamente dovrà essere sottoposto al vaglio del legislatore riguarda la sicurezza nelle Residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza. Infatti, come meglio specificato in precedenza (§5.1, 5.2, 6), le REMS non sono dei sostituti degli OPG in quanto hanno natura asimmetricamente differente; gli OPG avevano una struttura di matrice detentiva, mentre le REMS curativa. Se da una parte il finalismo sotteso a tale cambiamento è di facile comprensione (e senz’altro apprezzabile), d’altro canto non può sottovalutarsi

che ha commesso un reato merita la pena a condizione che al momento del fatto fosse capace di intendere e di volere, dovendo invece essere assolto il reo che abbia agito senza essere in grado di rendersene conto ovvero di autodeterminarsi» (a cura di) C. Schiuma e G. Satta, in *Riv. della Camera penale di Roma, CentoUndici*, 2017.

⁶⁴⁸ Approvata sia dalla Camera che dal Senato.

⁶⁴⁹ Modifica del codice penale; RGS 0041298/2017

l'innegabile *deficit* di sicurezza che contraddistingue tali strutture⁶⁵⁰. Dal 2015 sono state accertate più di una fuga, le quali sono state rese possibili dall'assenza di adeguate strutture/meccanismi di controllo.

Alcuni soggetti che ivi (nelle REMS) soggiornano sono particolarmente pericolosi e siffatte strutture non sembrano poter garantire livelli di tutela della collettività accettabili. Una soluzione che si auspica venga in futuro presa in considerazione, potrebbe essere quella di prevedere delle strutture a vari livelli di intensità, così da soddisfare sia le pretese special preventive di protezione sociale, sia esigenze di cura tese alla risocializzazione del soggetto⁶⁵¹.

Inoltre si auspica taluni interventi anche riguardo al momento diagnostico, in sede processuale, del disturbo che affligge l'agente. Spesso viene accertata la presenza di un'affezione senza che sia, però, corredata da un'accurata analisi clinico-diagnostica: la REMS è una "residenza" e non un servizio psichiatrico ospedaliero e pertanto è in grado di ricevere e operare solo su pazienti già diagnosticati e per i quali sia necessario «un programma terapeutico riabilitativo associato a misure di sicurezza detentive, mentre non è attrezzata per l'inquadramento e la diagnostica differenziale»⁶⁵².

Resta pertanto quanto mai difficile il rapporto fra l'imputabilità e i profili personali del soggetto che si renda autore di condotte integrative del reato di pedofilia.

Non vi è dubbio che negli ultimi anni il dibattito sia in sede dottrina che giurisprudenziale è pervenuto a significativi approdi, sia in termini di un approfondimento costituzionalmente orientato del concetto di colpevolezza, anche alla luce delle finalità rieducative della pena, sia anche in termini di indagine sull'effettivo perimetro concettuale della capacità di intendere e di volere.

⁶⁵⁰ «Rispetto, ad esempio, al mondo anglosassone, abbiamo un Low/medium security ospital, non abbiamo degli High security hospital, manca quel pezzo»; (a cura di) C. Schiuma e G. Satta, in *Riv. della Camera penale di Roma, CentoUndici*, 2017

⁶⁵¹ Come esistono carceri di massima sicurezza e regimi speciali (41 bis) non si riscontra il perché il legislatore non abbia previsto delle strutture (REMS) diversamente graduate, di modo da accogliere, curare e sorvegliare in egual misura anche soggetti con un elevato grado di pericolosità.

⁶⁵² P. Pellegrini, *Per una psichiatria senza ospedali giuridici giudiziari*, cit., p. 113

Pertanto, pur nella oggettiva difficoltà di cogliere un equilibrio fra i profili morali e sociali del fenomeno pedofilia e le esigenze preventive e repressive nei riguardi dello stesso, la strada intrapresa appare certamente corretta nel contesto di uno stato di diritto e di una legislazione che si ispiri ai più alti valori della civiltà giuridica⁶⁵³.

⁶⁵³ In tal senso il carcere di Milano-Bollate ha messo in atto un progetto volto alla partecipazione attiva degli aggressori sessuali al trattamento rieducativo. Tale progetto si rivolge a tutti gli aggressori sessuali adulti e con condanna definitiva. Lo scopo è permettere agli stessi di acquisire una lucida consapevolezza su quello che hanno fatto, ed instillare nuova fiducia in essi, così da prevenire future ricadute.

Bibliografia

Aimonetto M., *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992

Alfa G., Garofali R., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Neldiritto Editore, Roma, 2013

Alimena F., *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938

Altavilla E., *La condotta anormale nel diritto civile e nel diritto penale*, Torino, 1960

American Psychiatric Association, *DSM-III – Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*, IV edizione, Masson, Milano, 1987.

American Psychiatric Association, *DSM-IV – Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*, Masson, Milano, 2000

American Psychiatric Association, *DSM-V – Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali*, Masson, Milano, 2014

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

Antolisei F., *La volontà nel reato*, in Riv. pen., 1932

Antolisei F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930

Antolisei F., *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003

Antolisei F., *Sul concetto dell'azione nel reato*, in Riv. pen. 1925

- Antoniotti F., Martelli F., *Considerazioni giuridiche e medico-legali sulla imputabilità del soggetto epilettico*, 1986
- Baggio S., *Responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008
- Battaglioli G., *Gli elementi del reato nel nuovo codice penale*, in *Annali*, 1934
- Battaglini G., *Principi di diritto penale*, Milano, 1929
- Bellavista G., *Il problema della colpevolezza*, in *Annali dell'Università di Palermo*, Palermo, 1942
- Berra L., Iacono F., Persichella M., *La pedofilia nella storia: tra normalità e patologia*, Tirrenia, 1998
- Bettiol G., Pettoello L., Mantovani F., *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1986
- Bertolino M., *Empiria e normatività nel giudizio di imputabilità per infermità di mente*, in *Leg pen.*, 2006
- Bertolino M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1990
- Bertolino M., *Il reo e la persona offesa. Diritto penale minorile*, Giuffrè Editore, Milano, 2009
- Bertolino M., *"Normalità" del male e patologia mentale*, in *dir. pen. e proc.*, 2007
- Bettiol G., *La dottrina del Tatbestand nella sua ultima formulazione*, in *Riv. it. Dir. Pen.*, 1932
- Bianchi A., *Introduzione. Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, Milano, 2009

- Blisset L., *Lasciate che i bimbi – pedofilia: un pretesto per la caccia alle streghe*, Roma, 1997
- Bricola F., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961
- Bruno F., *Abuso sessuale tra criminalità e malattia*, IREP, Roma, 1998
- Calvanese E., Coluccia A., *Pedofilia – Un approccio multiprospettico*, FrancoAngeli, Milano, 2007
- Camussi E., Zucchi E., *Tutela del minore e pedofilia: tra psicologia e senso comune*, Giuffrè Editore, Milano, 1997
- Canepa A., *Imputabilità e trattamento del malato di mente autore del reato*, Padova 1995
- Cantarella E., *Secondo natura – La bisessualità nel mondo antico*, Rizzoli, Milano, 1999
- Capri P., *La pedofilia: difficoltà e complessità d'interpretazione*, Ceipa, Roma, 1999
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, Firenze, 1897
- Carrieri F., Catanesi R., *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it., medicina legale*, 2015
- Casagrande D., Toresini L., Venturini E., *Il folle reato, il rapporto tra la responsabilità dello psichiatra e la imputabilità del paziente*, Milano 2010
- Casale A., De Pasquali P., Lembo M., *Profili criminali e psicopatologie del reo*, Rimini, 2014
- Cerqua L., *In tema di imputabilità del minore iltrquattordicenne*, in *Giur. di merito*, 1979

- Cifaldi G., *Pedofilia tra devianza e criminalità*, Giuffrè Editore, Milano 2004
- Colefanti C., Lunardi L., *Il maltrattamento del minore*, Giuffrè Editore, Milano, 1995
- Collica M. T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008
- Collica M. T., *Il reo imputabile*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino, 2010
- Collica M. T., *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in sito internet, www.penalecontemporaneo.it
- Collica M. T., *Vizio di mente: nozione, accertamenti e prospettive*, Giappichelli Editore, Torino, 2007
- Correda M., Viola L., *Elementi di criminologia*, Cedam, Padova, 2006
- Cortellessa L., Fusaro N., *Pedofilia e criminalità*, Koinè, Roma, 2003
- De Leo A., *La criminalità e i giovani*, Roma, 1978
- Delitala G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930
- Dell'Osso G., *capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985
- Ferracuti F., Garrizzo C., *Stati emotivi e passionali*, in *Encicl.*, dir., 1990
- Ferri E., *Sociologia criminale*, Torino, 1929
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 2014
- Figone A., *Sordomuto e sordomutismo*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998
- Fioritti A., Melega V., *I percorsi assistenziali del paziente reo: il punto di osservazione dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, Nòos, 2006

- Fioritti A., *Psichiatria Forense in Italia: L'inizio della storia?*, Psichiatria di comunità, 2004
- Florian E., *Trattato di diritto penale*, Francesco Vallardi, Milano, 1907
- Fornari, U., *Pedofilia e reati sessuali contro i bambini*, Torino, 2000
- Foucault M., *Io Pier Rivière, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Torino, 1976
- Frank F., *Le principe de causalité et ses limites*, 1937
- Frosali A., *Sistema penale italiano*, Utet, Torino 1958
- Fuggiano B., *C'erano una volta gli OPG, adesso ci sono le REMS*, in *Riv. giur. Fatto&Diritto*, 2015
- Gaetani M., Centro interuniversitario per lo studio del simbolo – Università di Siena; Prefazione in *Pedofilia, un approccio multiprospettico*, di A. Coluccia, E. Calvanese
- Gallio, G., *Curare e punire, problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano, 1988
- Gallo M., *Appunti di diritto penale*, Giapichelli Editore, Torino, 2014
- Giunta F., *Principio e dogmatica della colpevolezza nel diritto penale d'oggi. Spunti per un dibattito*, in *Riv. it. Dir. e Proc. pen.*, 2002
- Giusti G., *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2009
- Granone F., *Tossicodipendenza e alcolismo*, Torino, 1988
- Grispigni F., *Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato*, in *Scuola pos.*, 1911
- Grispigni F., *La responsabilità giuridica dei c.d. non imputabili*, in *Sc. Pos.*, SEL, Milano, 1920

- Grispini A., Ducci G., *Il superamento degli Ospedali Psichiatrici Giudiziari. Considerazioni e riflessioni*, in *Rass. Penit. E crim.*, 2013
- Guarnieri G., *Il delinquente tipo*, Milano, 1942
- Guerrieri T., *Studi monografici di dir. pen.*, 2007
- Gulotta G., *Aspetti psicodinamici del comportamento pedofilo*, Cedam; Padova, 1999
- Kempe R.S., Kempe C.H., *Le violenze sul bambino*, Sovera Multimedia, Roma, 1989
- Lalli N., in *Psicologia da situazioni estreme*, tratto da un lavoro di T. Strentz, 1997
- Lanza L., *Le interferenze dei stereotipi e dei pregiudizi nel processo decisionale*, in *De Catalda, Abuso sessuale di minore e processo penale: ruoli e responsabilità*, Padova, 1997
- Lemme F., *delitti contro la libertà sessuale*, vol. VII, Torino, 1984
- Lemme F., voce *Libertà sessuale*, Torino, 1984
- Leone G., *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it.* 1937
- Leone M., *Tentativo di una nuova configurazione delle "actiones liberae" in causa*, in *Indice pen.* 1972
- Levi A., *Istituzioni di teoria generale e di diritto*, Padova, 1935
- Lo Conte A., Calisa E., Santoro M., Garofalo D., *Colpevolezza, Imputabilità e neuroscienze cognitive*, Elsa, Salerno, 2016
- Maggiore G., *Diritto penale*, Bologna, 1951
- Manna A., *L'imputabilità ed i nuovi modelli di sanzione*, Torino, 1997

- Manna A., *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. Pen.*, 2005
- Mantovani F., *Diritto penale parte generale*, Cedam, Padova, 2015
- Mantovani F., *Diritto penale parte speciale*, Cedam, Padova, 1998
- Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 2, Utet, Torino, 1926
- Marini G., *Delitti contro la persona*, II, Torino, 1997
- Marini G., *Ubriachezza e intossicazione da stupefacenti*, in *Digesto pen.*, Torino, 1998
- Marinucci G., *Antigiuridicità*, in *Digesto pen.*, Torino, 2000
- Marinucci G., *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983
- Marinucci G., Dolcini E., *Correo*, Milano, 2001
- Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002
- Mariotti Culla L., De Leo G., *Attenti al lupo. Pedofilia e vittime per progetti di trattamento penitenziario*. Giuffrè Editore, Milano, 2005
- Massari E., *Il momento esecutivo del reato*, F. Mariotti Editore, Pisa, 1923
- Massari E., *L'elemento soggettivo del reato nelle nuovissime proposte di riforma*, in *Riv. pen.* 1922
- Mazzon R., *Responsabilità oggettiva e semioggettiva*, Torino, 2012
- Miconi A., voce *Pericolosità sociale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989
- Moccia S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992

- Moccia S., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1997
- Monni P., *L'arcipelago della vergogna – Turismo sessuale e pedofilia*, Roma, 2001
- Montecchi F., *Gli abusi sessuali: le forme cliniche* in Monchetti F. (a cura di), *I maltrattamenti e gli abusi sui bambini. Prevenzione ed individuazione precoce*, Milano, 1998
- Monzani M., *Manuale di criminologia*, Roma, 2016
- Moro A. C., *Erode fra noi*, Mursia, Milano, 1988
- Nosengo G., *Questioni in tema di accertamento dell'imputabilità minorile*, in Giur. it., 1979
- Nuvolone P., *La capacità a delinquere nel sistema penale*, Milano, 1942
- Offer D., Sabshin M., *Normality: theoretical and clinical concept of mental health*, 1974
- Padovani F., *Violenza carnale e tutela della libertà*, in Riv. It. 1898
- Padovani P., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti tra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in Riv. it. Dir e proc. Pen., 1984
- Padovani T., *Giustizia criminale*, Pisa university press, Pisa, 2014
- Padovani T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in Riv. It. 1987
- Pagliaro A., *Principi di diritto penale-parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2003
- Palazzo F., *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2016
- Pannain R., *Gli elementi essenziali del reato*, Roma, 1963

- Pecoraro Albani A., *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997
- Pecoraro A., voce *Atti di libidine violenta*, in Enc. Dir. Vol. IV, 1959
- Pellegrini P., Paulillo G., *Attualità sulla responsabilità dello psichiatra*, Problemi in psichiatria, 2010
- Pellegrini P., *Per una psichiatria senza ospedali psichiatrici giudiziari*, Milano, 2015
- Pellegrini P., *Riflessioni sull'identità degli operatori in psichiatria*, Psicoterapia e Scienze umane, 2009
- Pellegrini P., *Riflessioni sul superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, Psicoterapia e Scienza Umane, 2015
- Peluso C., *Misure di sicurezza*, Torino, 1994
- Petrocelli B., *La colpevolezza*, Padova, 1955
- Petrocelli B., *La pericolosità sociale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940
- Petrocelli B., *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963
- Piccione D., *L'orizzonte di tutela del reo infermo di mente secondo la Costituzione*, 2015, in *Riv. giur. Costituzionalismo.it*
- Puggiotto A., *Dalla chiusura degli OPG alla eclissi della pena manicomiale*, in *Riv. giur. Costituzionalismo.it*
- Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2013

- Quadrio A., Camussi E., Zucchi E., *Il caso di Marcinelle nei quotidiani italiani*, in De Cataldo Neuburger L. (a cura di), *La pedofilia. Aspetti sociali, psico-giuridici, normativi e vittimologici*, Padova, 1999
- Relazione al Re, in Gazzetta Ufficiale 26 ottobre 1930
- Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto di riforma del Codice Penale, LXIV, Utet, Torino
- Risicato L., *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, Riv. it. Dir. e proc. Pen., 2015
- Roccia C., Foti C., *L'abuso sessuale sui minori*, Milano, 1994
- Rocco A., Manzini V., *Ai lettori*, in Riv. it. Dir. pen., 1929
- Romano M., *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., Milano, 1990
- Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 2005
- Rossi R., Fele P., in AA. VV., *Trattato italiano di psichiatria*, Milano, Vol. 2, 1999
- Roxin C., *Sul problema del diritto penale della compevolezza*, Riv. it. Dir. e proc. Pen., 1984
- Scarano L., *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1937
- Schiaffo F., *La pericolosità sociale tra sottigliezze empiriche e spessori normativi: La riforma di cui alla legge 81/2014*, su rivista giuridica www.penalecontemporaneo.it, 2014

- Schinaia C., *Pedofilia – Pedofilie. La psicanalisi e il mondo del pedofilo*, Torino, 2001
- Serqua L.D., *La punibilità degli “atti sessuali” nel disegno di legge contenente nuove norme a tutela della libertà sessuale*, in Giust. Pen., 1986
- Spasari T., *Diritto criminale e scienza del diritto criminale*, in Giur. it. 1990
- Strano M., *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003
- Tagliarini F., *Pericolosità*, in Enciclopedia del diritto, 1983
- Tascone, *capacità a delinquere*, in Enciclopedia giuridica Treccani, 1998
- Toriello M., *L'autore del reato*, Scuola di specializzazione per le professioni penali, 2011
- Vannini V., *Per una più vasta nozione delle “actiones liberae in causa”*, in Riv. pen. 1924
- Venditti M., *L'illecito penale libero “in causa”*, in Riv. it. 1957
- Welzel H., *Das deutsche Strafrecht*, Berlino, 1960

