

Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

INDICE

Premessa	pag. 2
-----------------	--------

CAPITOLO I

IL MONDO DELLE EMOZIONI

Introduzione	pag. 3
1.1. Le teorie delle emozioni dall'epoca classica ai giorni nostri	pag. 3
1.2. “Una spinta gentile “per regolare i comportamenti	pag. 13
1.3. Alterazione emotiva e processi cognitivi e decisionali	pag. 26

CAPITOLO II

“DIRITTO ED EMOZIONI”. UN CAMPO DI STUDI EMERGENTE

2.1. Ruolo dell'emozione nella teoria giuridica	pag. 32
2.2. Alterazioni emotive nel sistema penale: reati emotivamente connotati	pag. 35
2.3. Le “tempeste emotive” nella giurisprudenza	pag. 39
2.4. Le alterazioni emotive ed il libero arbitrio	pag. 47

CAPITOLO III

LA FUNZIONE DELLA PENA NELLE SUE DEFINIZIONI TEORICHE E PROCESSUALI

Introduzione	pag. 49
3.1. Le teorie illuministiche della pena di Beccaria e Foucault	pag. 49
3.2. La visione utilitaristica ed antropologica della pena secondo Beccaria	pag. 53
3.3. Influenza di Beccaria sulla teoria della pena di Bentham	pag. 56
3.4. La visione umanitaria della pena in proporzione al reato secondo Foucault	pag. 57
3.5. La funzione della pena come controllo degli impulsi	pag. 60
3.6. La deterrenza della pena e il controllo degli impulsi secondo le Neuroscienze	pag. 62
3.7. La rieducazione del condannato secondo l'art .27 comma 3 della Cost.	pag. 66
3.8. Il significato della pena alla luce delle scoperte delle neuroscienze	pag. 73

CONCLUSIONI	pag. 75
--------------------	---------

BIBLIOGRAFIA	pag. 78
---------------------	---------

Premessa

Da alcuni anni sta crescendo l'attenzione rivolta ai progressi delle neuroscienze.

Alla base delle teorie neuroscientifiche, vi è l'obiettivo di poter spiegare, avvalendosi di esperimenti, i fenomeni mentali e il comportamento umano attraverso la comprensione del funzionamento del suo cervello.

Il primo capitolo riguarderà, senza la pretesa di essere esaustivo, le ricerche compiute in ambito neuroscientifico che hanno portato a superare la dicotomia tra psiche e soma.

Si cercherà di analizzare gli studi che hanno condotto i ricercatori a considerare i processi fisiologici della mente derivanti non solo dal cervello ma, da un complesso strutturale e funzionale, ovvero il corpo intero che interagisce con l'ambiente.

Proprio con riferimento al tema della inscindibilità tra mente e corpo si illustrerà la teoria di Antonio Damasio, e come quest'ultimo, criticando la teoria dualistica di Cartesio e, servendosi di studi clinici sui pazienti affetti da lesioni cerebrali, ha abbracciato la teoria secondo la quale l'attività mentale, sia nei processi semplici che in quelli più elaborati, è frutto sia del cervello sia del resto del corpo.

A partire dalle novità emerse, grazie allo studio della mente umana, nei capitoli successivi si affronterà il dibattito, ancora oggi non risolto, sulle implicazioni etico-filosofiche e giuridiche e come le Neuroscienze sembrerebbero costituire una minaccia alla dottrina del libero arbitrio e sull'istituto giuridico della pena.

Lo stato emotivo del soggetto che agisce è rilevante nell'attribuzione di una punizione più o meno intensa. È logico pensare che il nostro ordinamento, in quanto in buona sostanza estensione della morale collettiva che rappresenta, colleghi a reati commessi con pianificazione, assenza di senso di colpa o riprovazione verso l'atto compiuto, e in generale in difetto di empatia verso le vittime o i familiari, sanzioni ben più onerose rispetto ai delitti commessi con "trasporto emotivo". È impellente, alla luce di questo chiedersi, quanto sia capace il soggetto che commette un reato connotato da uno stato emotivo dominante, di prospettarsi le conseguenze negative che la legge riconnette al fatto sanzionabile, e se potrebbe, in linea generale, configurarsi una possibilità di escludere la responsabilità dell'agente che animato dall'ira commette un reato.

Il complesso organico legislativo orienta la risposta nella direzione opposta: l'esperienza di un'emozione al momento della commissione del fatto non è da solo in grado di obliterare la capacità dell'agente di prevedere le misure correttive e punitive che il sistema penale corrisponde a fronte di quel comportamento, e quindi, essendo "lucido" almeno fino a questo punto, la pena (mediante la sua prospettazione) avrebbe comunque modo di esercitare la sua funzione "deterrente"; per cui trovandoci innanzi ad una risposta negativa nel primo caso, non potremmo che concluderne che si deve rispondere al secondo interrogativo nel medesimo modo, se non fosse che è presente una eccezione alla logica della deterrenza: e ossia, il caso in cui l'emozione di cui si fa esperienza sia tale nell'intensità da oscurare totalmente le facoltà cognitive di chi agisce. In questo caso, il reo, in completa balia della tempesta emotiva che succede a uno stimolo esterno, perde la capacità di rappresentarsi in modo logico le conseguenze anche meno remote delle sue azioni, difettando così della capacità di farsi "deterrenere" dalla punizione.

CAPITOLO I

IL MONDO DELLE EMOZIONI

Introduzione

Nella prima parte del mio lavoro si è posta l'attenzione su come le Neuroscienze non avrebbero potuto neppure iniziare il loro studio di esplorazione dei meccanismi cerebrali, legati alle emozioni, al libero arbitrio, alla coscienza e agli altri aspetti del comportamento, se non ci fosse stata prima una loro identificazione, strutturazione e teorizzazione da parte del pensiero filosofico.

Pertanto iniziando dal concetto filosofico di emozione si sono ripercorse le varie teorie che, su di esse, si sono prospettate, nei diversi periodi storici.

La natura del giudizio viene determinata secondo diversi parametri stabilendo, prima di tutto, se il giudizio possa essere ricondotto nella sua interezza alla dimensione della ragione, o se invece possa essere considerato il risultato dell'interazione tra queste due dimensioni, e, in tal caso, come s'impronta questo tipo di interazione. Si è evidenziato come le ricerche neuroscientifiche hanno riconosciuto che anche le emozioni hanno un ruolo importante, e che, nello specifico, tale ruolo può essere correlato a quello della ragione, in quanto lo va ad integrare

Si è affrontato il problema di come le neuroscienze cognitive hanno verificato, sperimentalmente, per come fattori emozionali intervengono nei processi decisionali e come ciò possa essere di aiuto o di intralcio alle decisioni.

Per quanto "rarefatto" il concetto stesso di emozione sia, è forse, ancora più dibattuto nel panorama filosofico, quale sia la particolare correlazione esistente tra emozione e comportamento, al vaglio della razionalità che ci contraddistingue in qualità di esseri umani; ed è forse questa esclusiva titolarità della razionalità assoluta derivata dalla comparazione con le altre specie animali a portare al facile equivoco che è forse la più elegante delle nostre facoltà: il giudizio, la ponderazione siano completamente estratte dalla influenza delle emozioni.

1.1. Le teorie dell'emozioni dall'epoca classica ai giorni nostri.

L'essere umano è uno degli organismi più complessi e ramificati esistenti; ma è soprattutto lo studio che riguarda il cervello, sede dell'intelletto e della coscienza, culmine massimo pratico e simbolico della raffinatezza umana, che ha suscitato un vivido interesse all'interno della comunità scientifica.

Ben presto gli studi effettuati sul funzionamento neurologico hanno portato alla conclusione che il miglior approccio a tale disciplina non è univoco ma è plurimo, investendo diversi settori che, seppur diversi nel loro ambito oggettivo, spesso sono accomunati da visioni unitarie su alcuni specifici argomenti.

Le neuroscienze, da questo punto di vista rappresentano, sempre di più, un settore interdisciplinare che abbraccia diversi rami delle scienze fino ad avere ripercussioni anche nell'ambito strettamente giuridico.

I convegni che negli ultimi tempi si sono susseguiti sul tema hanno cercato di porre l'attenzione su tematiche squisitamente giuridiche e, ci si è resi conto, infatti, ben presto che l'ambito giuridico era un settore non lontano da questo argomento, l'uomo deve essere studiato nei suoi aspetti naturalistici i quali a sua volta si intrecciano con alcuni specifici argomenti del diritto; si pensi ad esempio al diritto penale e allo studio del comportamento delinquenziale che connota alcuni specifici criminali.

Ciò non di meno, prima delle neuroscienze, il panorama relativo alla ricerca della "verità" sottostante alle emozioni era dominato dagli studi filosofici che, interfacciandosi talvolta, anche, con la medicina e la fisiologia, oltre, che con la neurobiologia, recano una folta antologia in materia e, sarebbe illogico, intraprendere una dissertazione circa l'umano lato emotivo, senza ponderare il contributo offerto dalle suddette materie.

Il problema che è stato tra i più rilevanti ha riguardato la possibilità di studiare le emozioni provenienti dall'essere umano cercando di catalogarle, creando delle sezioni al fine di individuare, nel contempo, i soggetti titolari di tali emozioni da cui inevitabilmente derivano determinati comportamenti, arrivando a delineare dei modelli standard a cui fare riferimento una volta effettuato lo studio emozionale di tali individui.

Il problema principale da risolvere è stato quello di chiarire dove e come si formano le emozioni, poiché esse si manifestano in svariati modi, con la voce, i gesti, le espressioni del volto e sono da considerare, quindi, un mezzo di comunicazioni, oltre a capire se è possibile ed in che modo l'uomo è in grado di dominarle.

Comprendere la natura delle emozioni, a partire dalla cultura classica, è stato un compito dapprima affidato alla filosofia e portato avanti dagli studi scientifici.

Alcmeone di Crotona nel V secolo a.C., fu il primo a sezionare gli animali arrivando ad affermare che il cervello fosse la sede delle sensazioni, delle emozioni e del pensiero.

Varie fonti enfatizzano il dato messo alla luce dal metodo di Alcmeone: l'esistenza di canali che trasmettevano le esperienze sensoriali al cervello.

Egli fu, tra i primi, sulla base della dissezione, ad ipotizzare la correlazione tra organi di senso e cervello, sulla base della comunicazione tra i primi e il secondo mediante i suddetti canali; Potendo di fatto ipotizzare che la medesima struttura si ripetesse specularmente nell'essere umano.

Per poter comprendere, appieno, il funzionamento neurologico e soprattutto ciò che spinge gli esseri umani ad agire, molti studiosi, infatti, utilizzano il parallelismo con l'animale: l'uomo è un animale ma ciò che lo contraddistingue da quest'ultimo è la capacità di attivare quel lato dell'emisfero del cervello che permette di "ragionare" e di essere consapevoli (almeno la maggior parte delle volte) delle azioni poste in essere.

La consapevolezza permette all'uomo di agire utilizzando i sensi che la natura gli ha messo a disposizione e, mentre l'animale pur dotato di elementi sensoriali, al pari dell'uomo, agisce inconsapevolmente perché non gli è data, dalla sua natura, la possibilità di comprendere le sue azioni e le relative conseguenze, questo discorso non può essere fatto nel caso dell'essere umano.

Lo stesso Alcmeone poneva al centro dei suoi studi questa basilare differenza, avendo compreso, primo fra tutti, che la percezione delle proprie emozioni e le relative conseguenze che ne derivano, sono fondamentali per capire il funzionamento del cervello dell'uomo e delle sue emozioni.

Il cervello, da questo punto di vista, è il fulcro di ogni indagine sia emozionale che sensoriale e, solo proseguendo in questo tipo di analisi, e utilizzando detti presupposti, si potrebbe arrivare a delle conclusioni che risultino essere validamente accettate da un ampio numero di scienziati.

Ad oggi la situazione ha un volto chiaro proprio perché lo studio del cervello è elemento imprescindibile da cui partire soprattutto per il campo d'indagine delle neuroscienze; tuttavia, non è stato sempre così poiché nell'antichità il cervello era considerato avere, un ruolo totalmente secondario rispetto al cuore.

Quest'ultimo non era visto come l'organo motore della vita umana ma era qualcosa in più, era il luogo dove deteneva le sue emozioni rappresentando la sede dell'anima che stava alla base delle numerose sensazioni che l'uomo riusciva ad esperire.

Ancora oggi è difficile non accostare al cuore le emozioni; è gioco forza pensare che sia il cuore spesso a dettare alcuni elementi sensoriali che l'uomo ha come essere umano, ma nulla è più sbagliato perché il comando delle relative emozioni è da rinvenire esclusivamente nel cervello dell'uomo.

Moltissimi studiosi, primo fra tutti Ippocrate, e a seguire altri filosofi come Platone e Democrito, compresero immediatamente che l'indagine doveva riguardare il cervello, sede delle emozioni e delle sensazioni di ogni essere umano, per questo motivo si doveva abbandonare una visione eccessivamente "romantica" dell'uomo e dell'importanza che, il cuore aveva nella realizzazione dei suoi comportamenti, aderendo ad una visione più "scientifica" dove il cervello era l'elemento da studiare per comprendere appieno alcuni comportamenti dettati da emozioni ben specifiche dell'essere umano.

Il compito all'epoca non era affatto semplice, considerando che difficilmente le vecchie visioni venivano abbandonate a favore di nuovi punti di vista; per questo motivo illustri filosofi decisero di non bypassare il concetto di "anima", ma di collocarne parte della stessa all'interno del cranio.

Si guardò all'anima dell'uomo come un concetto di tipo tripartito che trovava una sua prima collocazione nella testa e da cui promanavano le funzioni intellettive e le restanti due parti in altri organi come il fegato e il cuore. Non tutti i filosofi dell'epoca erano d'accordo nel ritenere il cervello la sede delle emozioni, infatti, Aristotele, anche se allievo di Platone, riteneva che fosse il cuore la sede dell'intelletto.

La filosofia greca aveva posto le basi per lo studio di una scienza dell'uomo che, però non si sviluppò nei periodi storici successivi per diversi motivi, in particolare nel medioevo la cultura cristiana impedì gli studi anatomici.

È solo con Rinascimento che si ripropongono le condizioni per poter riprendere lo studio della scienza umana ed, in tal senso, un decisivo passo avanti nel comprendere dove perché vengono generate le emozioni si ebbe con Vesalio nel XV secolo, il quale iniziò a compiere la dissezione per lo studio degli organi, basando principalmente detto studio su quelle parti che veicolano il comportamento umano e ciò lo portò a superare la teoria che fosse il cuore la sede delle funzioni sensitive.

I fondamenti i che portarono, alla fine del 700, alla fondazione di una scienza dell'uomo, sono da ricercare in Cartesio che, concepiva l'anima come una entità non materiale ovvero la sostanza che pensa, diversificandola dal corpo, sostanza materiale.

Secondo Cartesio gli stimoli esterni verrebbero trasmessi dagli organi sensoriali, attraverso la ghiandola pineale, posta a livello del cervello, ed in tal modo recepiti dallo spirito immateriale che, a sua volta, impartisce un comando alle altre parti del corpo.

La ghiandola pineale è la parte del cervello in cui anima e corpo riescono, fondamentale, a comunicare, anche se per Cartesio esisteva una netta distinzione tra la razionalità e le emozioni.

Nell'opera "Le passioni dell'anima" il dualismo Cartesiano emerge in maniera evidente nella sua complessità ed evidenzia che il corpo sottostà ad un'anima libera.

Per Cartesio, pur facendo riferimento all'anima, le passioni originano dal corpo e non si possono sopprimere, ma l'anima che può esercitarne il controllo.

Grazie alle scoperte Guillaume-Benjamin-Amand Duchenne e ai suoi studi sulle mimiche facciali, si è assistito ad un enorme progresso della neurologia moderna.

Duchenne usò stimolazioni elettriche dei muscoli mimici per studiare il ruolo delle espressioni facciali adottate in seguito alle emozioni.

Gli esperimenti da lui condotti, portano ad evidenziare la differenza che esiste tra le diverse parti del volto: l'espressione degli stati oggettivi è direttamente correlata alla muscolatura che interessa la metà superiore del volto, muscoli che risultano, inoltre, meno facilmente controllabili rispetto a quelli presenti nella metà inferiore del volto.

Con ciò si può dire come una persona comune ha grandissime difficoltà, nel momento in cui si trova in una situazione che le impongono di celare certe emozioni o mostrarne altre che in realtà non prova veramente, a differenza degli attori che durante il loro percorso di studi imparano proprio a controllare le varie parti della muscolatura facciale così da essere in grado di assumere determinate espressioni, decisamente credibile a seconda delle emozioni che vogliono trasmettere al loro pubblico.

Lo studio del viso e delle relative espressioni è stato un argomento molto dibattuto nel XX secolo soprattutto perché ci si è resi conto dell'importanza che lo stesso rivestiva in ambito di neuroscienze.

Le espressioni facciali potevano corrispondere a delle emozioni ben precise, per questo Paul Ekman cercò di individuare, in maniera specifica, alcune espressioni del viso a cui di contro si potevano collegare delle specifiche emozioni come la rabbia, la felicità, la tristezza.

Egli scoprì che le espressioni facciali, dovute alle corrispondenti emozioni, non erano culturalmente determinate ma erano innate e di origine biologica, ed in numero di sei, felicità, paura, tristezza, disgusto, sorpresa e rabbia; gran parte delle stesse si possono mimare con il viso, ciò diventa impossibile qualora si è affetti da paralisi facciale

Ancora oggi non è diverso dalle teorizzazioni prospettate da Ekman, i soggetti ad esempio affetti da paresi facciali sono coloro i quali non hanno più le movenze del viso e quindi è difficile capire dalle loro espressioni, che ormai sono completamente mancanti, le emozioni che in quel momento provano.

Il viso riflette le sensazioni dell'uomo, ogni minimo movimento compiuto riesce a far comprendere le emozioni e le sensazioni che pervadono il cervello dell'essere umano.

Se Ekman ha ipotizzato la correlazione tra espressione del viso e emozioni, Darwin ha fatto un passo in più, arrivando a teorizzare che le espressioni che l'uomo pone in essere permettono all'individuo di inserirsi all'interno di un dato ambiente, ma soprattutto vengono utilizzate dagli esseri umani per mandare messaggi nel gruppo in cui vengono inseriti e far comprendere agevolmente eventuali pericoli, gioie o altre situazioni che attraverso, semplici mimiche facciali, si riescono a comprendere.

Per Darwin, quindi, le espressioni facciali emotive sono da considerare universali e biologicamente innate.

Alla base delle sue teorie evoluzionistiche vi è l'assunto secondo il quale le emozioni si possono presentare come unità distinte, discrete, regalate da meccanismi, i quali, da un punto di vista genetico, possono essere considerate innate e pertanto universali.

William James e Carl Lange, entrambi psicologi, pubblicarono, una teoria simile sulle emozioni, sia pure in modo separato, l'uno dall'altro.

La teoria di James o detta anche teoria periferica, si propone di dimostrare che si può parlare di emozioni nel momento in cui viene fatta consapevolmente una valutazione di ciò che accade all'interno nostro organismo.

A seguito di un particolare evento, che determina l'espressione emotiva, le strutture periferiche possono subire delle modifiche fisiologiche (aumento della frequenza cardiaca, della pressione ecc.).

Per spiegare la teoria, James si rifà a Darwin ed ipotizza che alcuni comportamenti siano adottati inconsapevolmente e la continua utilizzazione di alcune espressioni li ha resi automatici ed ereditari.

James e Lange propongono, sostengono, in sostanza che le emozioni si generano, a livello cosciente a causa della percezione che si ha delle modificazioni fisiologiche delle strutture periferiche. Uno stimolo percepito, diventa coscientemente emotivo in seguito alla risposta percepita dallo stesso stimolo, ad esempio in seguito ad uno stimolo terrificante si determina, una reazione di fuga, unitamente alle sensazioni di reazione corporee, quali la sudorazione, aumento del battito cardiaco.

Questa teoria è stata oggetto di numerose critiche, prima fra tutte, il fatto che gli stessi cambiamenti fisici che si provocano con una emozione si possono avere anche in altri momenti, non strettamente correlabili, in base al contesto, a quella emozione.

Walter B. Cannon ha elaborato la "teoria centrale", in base alla quale le emozioni si verificano nel cervello e precisamente nella parte dei circuiti del paleoencefalo, facendo dipendere le emozioni dall'attività di alcune strutture del sistema nervoso centrale, in particolare dalla neocorteccia.

Pertanto, dando voce a tale teoria, gli impulsi nervosi fanno passare le informazioni sensoriali per poi ricondurle attraverso il talamo, il quale passa l'impulso alla parte alta della corteccia per provocare una esperienza emotiva soggettiva, e ai muscoli e alle viscere per provocare modificazioni fisiche.

Una delle più influenti teorie del cervello emotivo, è stata elaborata da James Papez nel 1937.

Papez è certamente famoso per l'importanza che ha dato allo studio dell'ipotalamo, considerato il centro principale delle emozioni. Infatti, l'ipotalamo, nel circuito di Papez, partecipa all'espressione dell'emozioni, contribuendo ad elaborare le funzioni dell'emozione centrale. Papez ipotizzò che l'ipotalamo potesse servire a fornire valore emozionale agli stimoli.

Degni di nota sono anche gli studi di Skinner, che ha utilizzato il topo, all'interno della camera di condizionamento, per far comprendere come in presenza di grandi libertà o forti costrizioni il comportamento dei ratti cambiava, in base al condizionamento operato attraverso punizioni o gratificazioni adottate alternativamente in base al comportamento.

Nonostante i pregi di tali modelli, ricerche condotte negli anni successivi sugli aspetti neurobiologici delle emozioni, hanno evidenziato l'importanza di altre aree funzionalmente e anatomicamente collegate a quelle precedentemente descritte da Papez ed in particolare l'amigdala.

Basandosi sulle ricerche condotte da Papez, Paul MacLean, descrisse il cervello diviso in tre parti ben distinte. Secondo tale teoria, il cervello sarebbe progredito in più fasi secondo un processo evolutivo specifico che caratterizza le specie animali, dove la struttura più antica che costituisce il cervello corrisponde a quella rettiliana e si troverebbe nella parte più profonda e avrebbe il compito di gestire i comportamenti primitivi controllando la frequenza cardiaca, la respirazione, la temperatura corporea e l'equilibrio. Al centro del cervello si troverebbe il c.d. cervello limbico, apparso con i primi mammiferi dove risiederebbero le emozioni, composto dall'ippocampo, ipotalamo ed amigdala. Tale parte del cervello eserciterebbe una grande influenza sul comportamento. La struttura più recente del cervello si trova nella parte più esterna e consentirebbe il ragionamento logico ed il linguaggio. Il cervello quindi si presenta come una struttura complessa e dalle molteplici funzioni.

L'essenziale funzione dell'"amigdala" (noto come corpo amigdaloido) ha inoltre permesso di comprendere i meccanismi che sono alla base del sistema di allarme del cervello in situazioni di pericolo o di paura.

Joseph LeDoux, attraverso gli studi dei meccanismi cerebrali delle emozioni, si rese conto che è l'amigdala a rivestire il ruolo di "sistema di allarme", a livello cerebrale, essendo in grado, in una frazione di secondo, di prevaricare sul lobo prefrontale, sede del pensiero razionale, in una situazione d'emergenza.

Attraverso lo studio del cervello del topo, LeDoux intuì che quando l'amigdala sta espletando le proprie funzioni in modo corretto, allora si producono reazioni emotive innate (non innescate da sensazioni esterne, ma frutto di percezione interiore).

Questo piccolo agglomerato di nuclei nervosi, sottoposto a particolare stimolo, reagisce provocando la risposta fisiologica coincidente con lo stato emotico della paura.

La paura, intesa come sentimento cosciente, invece, emerge lentamente, essendo correlata alla trasmissione di un segnale, lungo il percorso cerebrale che, partendo dall'orecchio e passando attraverso l'amigdala, giunge alla corteccia cerebrale. A questo livello, il segnale, considerato come una possibile minaccia, viene schematizzato nei suoi minimi particolari, avvalendosi di altre informazioni provenienti dalle restanti aree del

cervello, e, solo in seguito a detta analisi, il segnale viene poi inviato all'amigdala. Il segnale ricevuto, può risultare un "falso allarme", e in tal caso è la stessa corteccia che si adopererà per inibire l'emozione corrispondente: la paura; pure non riuscendo l'inibizione a sopprimere interamente la percezione, di fatto pur non sfociando nella paura, il soggetto, in questo caso, percepirà una sensazione di allarme, che gli imporrà un temporaneo stato di vigilanza.

Un'intenzione, se privata del proprio significato emozionale, perde completamente interesse. È stato sperimentato che in soggetti a cui era stata asportata chirurgicamente l'amigdala per ovviare a gravi crisi epilettiche si è assistito ad un progressivo disinteresse degli stessi verso il prossimo, con un'accentuata tendenza ad isolarsi e ad evitare qualsiasi contatto con le altre persone; nonostante fossero capaci di conversare, non erano in grado di riconoscere parenti ed amici

A seguito degli esperimenti sopra detti si evidenziò che all'amigdala non sono legati solo i sentimenti come l'affetto, ma anche le passioni. I soggetti a cui, per un motivo o per un altro, è stata rimossa non provano emozioni come paura o rabbia, non sono competitivi ma non tendono nemmeno a collaborare con gli altri, ed in linea generale provano emozioni in modo molto attenuato o non ne provano affatto. L'amigdala è responsabile anche delle lacrime, un evidente segnale emozionale, esclusivo degli esseri umani.

Gli studi condotti da LeDoux hanno permesso di capire e spiegare come le nostre emozioni vengano controllate dall'amigdala, anche nelle situazioni in cui la neocorteccia, ovvero la sede delle nostre funzioni cognitive, deve ancora decidere come interpretare certe situazioni e sensazioni.

Emerito professore del "Abert Einstein College of Medicine" Robert Plutchik, i cui studi rappresentarono immenso contributo alla scienza comportamentale, fondò la sua teoria sulla base della declinazione evoluzionistica Darwiniana, così come attinse dalla scienza Behaviouristica, e dalle teorie James-Lange, prendendo da ognuna di queste però le dovute distanze.

Plutchik osserva, sulla scia delle basi gettate da C. Darwin, che il comportamento umano odierno disvela a chi sa cercare al suo interno, il retaggio di adattamenti evoluzionistici che hanno condizionato i suoi meccanismi sociali verso binari via via più ramificati. Ogni emozione primaria ha un suo opposto.

In base a quanto afferma Plutchik è possibile sviluppare un modello a forma di cono, detto appunto "*cono emotivo*", per rappresentare la relazione tra le varie emozioni e dove le varie combinazioni di emozioni daranno vita a quelle che possono essere viste come delle emozioni complesse. L'amore inteso in tal senso può essere considerato un insieme di gioie e compromessi.

Per Plutchik ci sono tre modi diversi per riferirsi alle emozioni di base:

- Il linguaggio soggettivo (emozione autoriferita a chi la esperisce).
- Il linguaggio comportamentale (ossia il l'insieme di determinazioni somatiche al presentarsi di determinata situazione).
- Il linguaggio funzionale (ovvero il tipo di funzione svolta dal comportamento e quindi al fine dell'azione).

Secondo Plutchik le emozioni hanno una funzione propulsiva dei comportamenti e consistano questi in attività istintive o azioni complesse.

L'emozione, o meglio, il ruolo che essa gioca nella logica comportamentale, per lo psicologo sono irriducibili dall'agente che le esperisce, costituendo una rete di eventi particolarmente complessa che si sviluppa partendo da uno stimolo che viene percepito per giungere infine all'interazione diretta tra tale stimolo, che ha generato la suddetta catena di eventi, e l'organismo che lo ha percepito.

La dimensione che Plutchik consegna all'esperienza emotiva è indubbiamente ingombrante; l'azione è scaturigine dell'input scarsamente conoscibile che le sottostà e quello stesso input contribuisce ad esserne conseguenza insieme alla "percezione organica-soggettiva".

L'uomo agisce per stimoli che non conosce e che orientano il suo comportamento verso tre funzioni specifiche: una funzione motivazionali, una comunicativa e una funzione di informazione per l'individuo stesso.

Horace Romano Harrè uno dei massimi esponenti delle teorie cognitivo- costruttivista o delle teorie sociali. Tali teorie si contrappongono a quelle evoluzionistico- funzionalistiche.

Secondo la tesi di Harrè l'emozione non va intesa e spiegata come un fenomeno naturale, bensì come un fenomeno sociale consistente in una serie di risposte apprese che non servono alla conservazione della specie ma a regolare l'interazione sociale.

L'emozione è vista come un complesso di elementi non innati nell'uomo ma è appreso nell'intenzione sociale. Le espressioni facciali vengono attivate per sostenere comportamenti socialmente appresi.

Una delle più importanti menti dedicata assiduamente allo studio delle basi neurali e comportamentali è Antonio Rosa Damasio (1944), un prestigioso neurologo e neuroscienziato portoghese, il quale avvalendosi, peraltro, dello studio di numerosi casi clinici, sostiene che lo studio del cervello deve essere direttamente connesso allo studio dell'organismo al quale appartiene, alla interdipendenza e ai rapporti che questi ha avuto con l'ambiente che lo circonda.

La filosofia, secondo il parere di Damasio ha influenzato per molto tempo lo studio della coscienza umana, coinvolgendo, tale influenza, principalmente, Cartesio portandolo a concepire, erroneamente, la mente come entità separata dal corpo e a considerare la prima come un fondamento immateriale.

In una delle sue opere più importanti "*L'errore di Cartesio*" (1995), Damasio non solo stravolge la tradizione culturale che ha sempre considerato le emozioni come una condizione perturbante la serenità della ragione ma, si propone di tentare di fondere tra loro i concetti di corpo, mente, e cervello e tenta di farlo basandosi su dati prettamente scientifici.

Come ho già detto, avvalendosi di esperimenti clinici, primo fra tutti quello di P. Gage, Damasio, si propone come obiettivo quello di dimostrare il come sia una vera e propria utopia sviluppare un concetto di razionalità completamente indipendente, e pertanto non influenzato, dai sentimenti e dalle emozioni.

Non possiamo rapportare la nostra mente ad un software, in quanto non è, certamente, in grado, nel momento in cui dobbiamo compiere una determinata scelta, di fornirci un elenco oggettivo di argomenti razionali che la possano supportare o meno.

La nostra mente è pronta a fornirci risposte sotto forma di emozioni e sensazioni, agendo in modo molto rapido in base anche alle esperienze passate.

Per Damasio Cartesio ha, principalmente, errato a non capire che i sentimenti possono condizionare le nostre scelte, ponendo in risalto come le risposte somatiche ed emotive che si possono osservare influenzano il processo decisionale, in quanto vengono utilizzate dal soggetto come termine di paragone per poter stabilire la convenienza o meno di una certa visione.

Quando dobbiamo prendere una decisione, questa può avere esiti discrepanti in base alle opzioni a nostra disposizione e deve essere sempre aggregata ai sentimenti somatici; in sostanza, questi contribuiscono ad identificare le diverse opzioni, che, a loro volta, possono essere selezionate, se da un punto di vista biologico vantaggiose, grazie ai marcatori somatici a nostra disposizione.

Secondo Damasio l'orientamento cartesiano ha contribuito, nell'ambito delle scienze biologiche, ad isolare la mente facendo sì che non fosse oggetto di ricerca ed ostacolando e ritardando in tal modo i diversi tentativi fatti per indagarla secondo un approccio scientifico rigoroso.

Nel modello di Damasio, ci si propone di studiare la coscienza secondo due delle sue componenti fondamentali: l'organismo e l'oggetto, tenendo conto anche delle eventuali relazioni e dei rapporti che si possono sviluppare tra i due grazie alle possibili interazioni.

La coscienza, come sostiene Damasio, in origine può essere vista come una particolare tipologia di sentimento, un qualcosa che è associabile ad un'emozione, anche se in apparenza non risulta essere completamente sovrapponibile alle altre modalità sensoriali grazie alle quali è possibile interagire con il mondo esterno.

Ad ogni modo, non è possibile tratteggiare una netta linea di separazione tra coscienza ed emozione, in quanto la coscienza stessa è legata, in modo indissolubile, ai sentimenti ed alle sensazioni provate dall'organismo.

Osservando il tutto da un punto di vista evolutivo, è possibile, senza dubbio, affermare che le emozioni possono essere viste come delle reazioni fisiologiche destinate ad ottimizzare le azioni che l'organismo stesso compie nell'ambiente che lo circonda.

Gli esperimenti clinici fatti da Damasio lo hanno portato a sostenere che è quando la mente razionale mette in atto dei processi decisionali che entrano in gioco i sentimenti, i quali si rivelano essere indispensabili per orientare l'individuo nella giusta direzione.

Pertanto è fuor di dubbio che dal punto di vista della razionalità giocano un ruolo molto importante le emozioni.

Quindi il nostro pensiero logico è condizionato dalla possibilità di provare emozioni; nel composito nesso che si va a creare tra pensieri e sentimenti, le emozioni guidano in ogni istante le nostre decisioni, grazie anche alla diretta cooperazione con la nostra mente razionale, promuovendo o ostacolando il processo formativo che porta alla decisione.

La parte razionale del cervello ha un ruolo dominante sulle emozioni, che pertanto dovrebbe essere in grado di controllarle, ad esclusione delle situazioni in cui le stesse si esprimono così intensamente da sfuggire al controllo razionale prendendone il sopravvento.

È proprio in seguito a ciò che Damasio sostiene che in realtà abbiamo due tipologie differenti di intelligenza, o meglio, due cervelli. Ciò capovolge le antiche opinioni sul rapporto fra ragione e sentimento.

Spesso le azioni sono “deturpate” dalle emozioni non controllabili e ciò rappresenta un problema per l’essere umano e per la stessa società; per ovvie ragioni non sempre l’uomo riesce a controllare gli stati emozionali e il turbamento in tal senso è insito nelle azioni e nei comportamenti che sono disorientate e altamente pericolose.

Tuttavia è un rischio che deve essere corso proprio per il binomio emozioni/razionalità non può essere eliminato o non tenuto in debita considerazione.

È infatti inimmaginabile ipotizzare una scelta razionale da parte dell’uomo non governata dalle emozioni che lo spingono a fare determinate scelte.

A volte è la stessa razionalità, se ben gestita a garantire che le nostre emozioni vengano veicolate in maniera corretta e proficua; l’irrazionalità al contrario genera disordine mentale, le emozioni sono lasciate al caso e ogni scelta compiuta in tale condizione rischia di essere sbagliata e gestita non in maniera corretta.

Quindi è corretto ipotizzare che la razionalità dell’uomo, l’essere cosciente e di ciò che si decide di compiere è certamente un lascia passare per lo sviluppo di emozioni sane che non invadono, in senso negativo, la mente dell’uomo, ma lo portano ad essere un soggetto consapevole e razionale, al fine di essere ancora più consapevole delle conseguenze che ad un certo derivano dalle sue azioni.

Daniel Goleman parlava a tal proposito di “*intelligenza emotiva*”, ossia un particolare tipo di intelligenza legata sensibilmente alle emozioni dell’essere umano.

Attraverso questo tipo di intelligenza, l’uomo riesce a sviluppare una capacità di comprensione e di lucidità delle sue scelte cercando, nel contempo, di misurare e di ponderare le sue emozioni affinché le stesse non prendano il sopravvento sulla razionalità.

Ciò non è affatto semplice, soprattutto perché la componente emotiva gioca un ruolo fondamentale nell’agire dell’uomo e non sempre si è in grado di governare le proprie emozioni, soprattutto quando queste sono di rabbia e di frustrazioni portando inevitabilmente a compiere delle scelte dettate unicamente da tali sentimenti. Tale tipologia di intelligenza è presente, ovviamente in ogni individuo tuttavia si deve imparare a gestirla e a saperla utilizzare, intraprendendo laddove è possibile un percorso di “*alfabetizzazione emozionale*”¹.

Nel campo del rapporto esistente tra ragione ed emozioni importante è lo studio di Martha Nussban sulla “*intelligenza delle emozioni*” che valorizza il ruolo sociale delle stesse e giunge alla conclusione di dover sfatare il mito della irrazionalità delle emozioni e che il diritto debba rifarsi alla ragione. Secondo la filosofa statunitense il suddetto luogo comune è errato, poiché se si pensa a quanto incidono le emozioni su tutti i soggetti coinvolti in un reato, è praticamente impensabile un diritto penale senza emozioni².

I giuristi sicuramente non sono rimasti a guardare, infatti, anche in Italia si sono intensificati gli studi tra sul rapporto tra passioni, emozioni e diritto, ciò ha portato, uno dei più grandi giuristi, Stefano Rodotà, in merito

¹ D.GOLEMAN, *Intelligenza emotiva. Che cos’è e perché può renderci felici*. BUR saggi Rizzoli

² M.C. NUDSUNAUN, *Nascondere l’umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge* Carocci. Roma

alla compatibilità tra diritto ed amore ad affermare che il diritto sia stato utilizzato come “*come strumento di neutralizzazione dell’amore, quasi che lasciato a sé stesso, l’amore rischiasse di dissolvere l’ordine sociale*”³. Un’altra scoperta fondamentale fu quella effettuata da Rizzolatti con i cosiddetti “neuroni specchio”, in base alla quale si è potuto affermare che una parte dei neuroni del cervello rispondono a stimoli visivi. In sostanza se si vede una persona compiere un gesto, lo stesso gesto viene riprodotto nel cervello di chi guarda. Ciò ha portato all’elaborazione delle prime tesi che vedono in questi neuroni l’origine del comportamento morale e il suo mancato funzionamento come conseguenza di un comportamento anomalo ed antisociale. Nel momento in cui il soggetto è privo di empatia lo stesso è più portato a delinquere perché è privo della capacità di provare pietà per l’altro.

1.2. “Una spinta gentile” per regolare i comportamenti.

L’economista comportamentale Richard H. Thaler ed il giurista Cass Sunstein, nel 2009, pubblicarono il libro “*Nudge. La spinta gentile*”.

Secondo i suddetti scrittori esistono dei soggetti che hanno come compito primario quello di creare un ambiente consono, affinché l’uomo possa arrivare a delle scelte coerenti con il suo modo di vivere e che tali scelte siano proficue anche in ambito sociale.

Si parla a tal proposito di “*architetti delle scelte*” per individuare detti soggetti, gli unici in gradi di veicolare le scelte operate dagli individui a seconda del contesto dove vengono inseriti.

Questa influenza che può definirsi quasi “necessaria” parte dal presupposto che in primis gli uomini non sono in grado aderire alla soluzione migliore in termini di costi-benefici; ma non solo è necessario che qualcuno influenzi le loro decisioni perché da soli potrebbero operare delle scelte completamente sbagliate.

Ruolo fondamentale è quindi dato al contesto sociale dove gli individui vivono, perché attraverso piccoli accorgimenti, si possano veicolare le scelte degli individui, plasmandole e portando gli stessi a essere consapevoli che una strada sia migliore dell’altra.

I due autori evidenziano come, gli architetti delle scelte giochino un ruolo fondamentale, in quanto gli unici in grado, consapevolmente o meno, di formulare un determinato contesto sociale in cui gli altri individui potranno operare le proprie scelte.

A tal proposito, si parla di “*spinta gentile*”, l’idea non è quella di imporre ma è quella di “*invitare gentilmente*” gli esseri umani a decidere in un modo a operare delle scelte, il tutto relazionato con il contesto in cui si vive. Con il termine “*nudge*” si indicano tutti i mezzi in grado di alterare l’ambiente sociale e di spingere gli individui verso opzioni migliori in relazione ai propri interessi.

³ S.Rodotà, *Diritto d’amore, Politica del diritto*, 2014, n.3, pag.335

La natura del “*nudge*” è essenzialmente, appunto, un invito; i destinatari della spinta, mai sono tenuti coattivamente a realizzare la decisione verso la quale sono metaforicamente spinti, potendosene disinteressare, o addirittura prendere una scelta diversa.

Si tratta di tecniche persuasive atte ad influenzare il comportamento dei soggetti. Tali tecniche sono state dapprima studiate ed utilizzate nel campo del commercio.

Si tratta, quindi, di una politica paternalistica, cui si aggiunge anche un carattere di libera adesione, in quanto l’individuo, come già detto, non è sottoposto a nessuna di forma di coercizione. Questa connotazione, spiega il motivo per cui si parla di “spinta gentile,” in quanto la finalità è proprio quello di spingere il soggetto verso una determinata alternativa senza precludere la possibilità di intraprendere soluzioni differenti.

La teoria dei “*nudge*” ha avuto un immenso successo nell’ambito pubblico, in particolare modo proprio perché le scienze comportamentali possono contribuire in modo significativo nel miglioramento della regolazione sociale.

Il soggetto regolatore, grazie alle informazioni inerenti alle anomalie cognitive dei soggetti che vengono regolati, può formulare i provvedimenti normativi, rendendo tali interventi più efficaci, soprattutto quando hanno lo scopo di modificare e migliorare il comportamento dei soggetti.

Non va trascurato inoltre il fatto che il perseguimento dei fini della regolazione può essere compromesso dalla presenza di eventuali gli errori cognitivi. Proprio su questa esigenza entra in campo il *nudge*, elemento utile perché in grado d’indirizzare il soggetto a prendere la migliore decisione per sé e, come conseguenza assicurare un risvolto positivo per lo Stato e la collettività.

Secondo la teoria della “spinta gentile”⁴ “*le argomentazioni politiche ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica*”⁵. E non deve incutere timore il dover affrontare un compito apparentemente difficile in quanto diverso da ciò che era noto e certo in passato⁶. Del resto⁷ si può essere certi di una verità solamente ricercandola continuamente⁸.

Ovviamente, il percorso teorico delineato è estremamente difficile da attuare proprio perché le emozioni prendono spesso il sopravvento sugli inviti rivolti all’uomo e quest’ultimo decide in modo irrazionale piuttosto che seguire i consigli dettati dalla stessa società.

Il *nudge* permette di evitare questi errori proprio perché indirizza il soggetto a decidere nel modo migliore per sé e di conseguenza questa scelta di riversa nell’intera società.

In questo contesto gioca un ruolo fondamentale non solo l’interesse del singolo ma il benessere dell’intera collettività e non potrebbe essere diversamente.

⁴ Cfr. Tecniche giuridiche e sviluppo della persona, a cura di Lipari, Roma-Bari, 1971.

⁵ Così Viola, Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica, in *Ragion pratica*, 2010, p. 187 ss.

⁶ Lipari, I civilisti e la certezza del diritto, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1115 ss.

⁷ Scalisi, Per una ermeneutica giuridica “veritativa” orientata a giustizia, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1271.

⁸ Così Pareyson, Verità e interpretazione, Milano, 1971, p. 90.

Quando l'uomo agisce è certo che agisce per i suoi scopi e interessi ma in realtà lui vive in un contesto sociale di cui si deve necessariamente tenere conto, perché un suo comportamento da cui deriva una data conseguenza potrebbe avere degli effetti devastanti sull'intera società.

L'uomo e le sue decisioni non possono essere sempre supportati da motivi economici, ma le decisioni prese devono essere il risultato di un insieme di fattori che includono l'economia ma anche la socialità e l'ambito giuridico.

Da ciò ne deriva solo il fatto che la razionalità degli uomini in ambito economico ha dei limiti, ma anche il fatto che si è ormai superato quello che era ritenuto un vero e proprio modello di riferimento, ovvero il modello dell'*homo economicus*⁹. È stato visto che, concretamente, la razionalità non presenta solamente dei limiti esterni, a differenza di ciò che accade nel caso dei costi transattivi e dei costi interni¹⁰. Il volere del singolo individuo, a volte definito con "razionale volontà", molto spesso non viene guidato solo dal self interest, ma anche dal volere del prossimo ed eventualmente anche da considerazioni "altruistiche", che rendono le scelte, nelle loro capacità cognitive, limitate da un punto di vista razionale¹¹. Da ciò deriva il fatto che non solo il modello di *homo oeconomicus* a cui fa riferimento è ormai superato, ma anche che la razionalità economica degli esseri umani risulta essere limitata.¹²

Con la behavioral Law & Economics¹³, recentemente, si è dimostrato che gli stati emotivi e le possibili suggestioni possono andare ad influenzare la scelta, come fanno ad esempio le diverse forme di pubblicità e la modalità, a volte subdola, con cui la pubblicità stessa viene diffusa¹⁴); le pratiche aggressive, sleali, o ingannevoli, oltre che agli usi, ai costumi, ai rapporti parentali e clientelari ed alle relazioni personali, contribuiscono ad indirizzare, negli accordi negoziali, non solo la possibilità ma anche il contenuto delle scelte. La figura dell'agente contrattuale, anche in un contesto professionale, non deve essere interpretata come quella di un "calcolatore perfetto" impassibile ed infallibile. Al contrario, deve essere visto come una vittima dei possibili pregiudizi e degli errori sistematici (biases) che ci possono essere e che non vengono evitati ma bensì favoriti da intuizioni, supposizioni, ed abitudini "euristiche", in genere ritenute un buon mezzo per poter ovviare e rimediare all'incertezza che si prova senza dover intraprendere una strada che potrebbe portare a

⁹ Sulla razionalità limitata H.A. Simon, *La ragione delle vicende umane*, Bologna, 1984, pag.90; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, pag.3.; Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna, 1983, pag.56.

¹⁰ Ai fini che qui rilevano, ex multis, Richardson, *La logica della scelta. Introduzione alla teoria economica*, Milano, 1968, pag.25-56; In anni più recenti Becker, *L'approccio economico al comportamento umano*, Bologna, 1998, pag.447 ss.; Sen *Razionalità e libertà*, Bologna 2005; Mc Fadden, *Razionalità per economisti?* In *Critica della ragione economica*, Milano, a cura di Matterlini e Palmerini, 2005, pag. 25 ss.; Kahneman, *Mappe di razionalità limitata. Indagine su giudizi e le scelte intuitive*, ivi, p.77 ss.

¹¹ A. Gentili, *il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv.dir. civ.*, 2013, pag 1105 ss.

¹² Sulla razionalità limitata Simon, *La ragione delle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna 1985; Elster, *Ulisse e le sirene*, Bologna 1983.

¹³ Nel dibattito italiano ex multis cfr. V. Roppo, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 167 ss.

¹⁴ Packard, *I persuasori occulti*, Torino, 1958.

compiere degli sforzi in termini di valutazioni e di conoscenze che eccedono le nostre capacità o le nostre forze¹⁵.

In effetti, sono in condizioni che possono essere definite ideali, la domanda e l'offerta potrebbero essere in equilibrio ottimale tra loro, tuttavia la capacità che ogni soggetto ha di negoziare determina, in situazioni che possono essere definite "reali", quei fattori che possono andare a condizionare la volontà e le intenzioni¹⁶, portando, pertanto, ad accettare quegli equilibri che vengono definiti dalla teoria economica come equilibri ottimali.

Il fatto di poter accettare le situazioni reali, essendo consapevoli, di ciò che effettivamente non sono e non per quello che vorremmo che fossero, ha portato il legislatore nazionale (spinto anche dalle decisioni prese dai legislatori europei) ad operare secondo un'ottica che potesse consentire di governare legalmente sia le debolezze valutative (volere) che le debolezze cognitive (intendere)¹⁷.

Tra le debolezze cognitive e relative vi sono ad esempio le disposizioni dell'art. 35 del Codice del consumo, in merito all'importanza di rendere chiaro e comprensibile ai consumatori il contenuto dei contratti e delle relative clausole; le disposizioni dell'art.21 ss. del Codice del consumo che si propongono di contrastare, inibendole, pratiche commerciali ritenute "ingannevoli" poiché portano ad alterare il comportamento, che il consumatore medio può avere in ambito economico, da un punto di vista cognitivo; le disposizioni del TUB sul TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) nel Credito al consumo nel caso in cui sia imposto di fornire l'opportuna documentazione contenente le informazioni necessarie, per consentire al consumatore di mettere a confronto le differenti offerte di credito, che il mercato ha da offrire, in modo tale da consentirgli di prendere "una decisione consapevole ed informata" (art. 124, comma 1, TUB), e da permettergli di richiedere i chiarimenti del caso, qualora lo dovesse ritenere necessario, così da avere tutti gli elementi per poter stabilire se il contratto di credito che gli viene proposto soddisfi effettivamente le sue esigenze e si adatti alla sua situazione finanziaria (art. 124, comma 5); le disposizioni del TUF inerenti al fatto che nel caso di un'offerta per specifici prodotti e strumenti finanziari debba essere fornito al consumatore un prospetto che sia facilmente comprensibile ed analizzabile a prescindere dalle sue conoscenze in materia (art. 94, comma 1 e 2).

Tra le debolezze valutative e relative al libero volere vi sono ad esempio le disposizioni del Codice del consumo inerenti alle pubblicità ed al messaggio che vogliono trasmettere facendo leva principalmente sulla credulità (art. 31)¹⁸ e sull'inesperienza del consumatore, sulla sua paura, o sul fatto che utenti e consumatori possano essere facilmente tratti in inganno mediante strategie che si basano sull'ambiguità, le omissioni o le esagerazioni associate al messaggio trasmesso, in modo particolare se ciò concerne le caratteristiche e gli effetti del servizio, le condizioni di vendita o di pagamento, il prezzo, gli eventuali premi, le modalità della

¹⁵ A. Tversky, D. Kahneman, *Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Utility, Probability and Human Decision Making*, eds. Wendt and Vlek, Netherlands, 1975, p. 141 ss.

¹⁶ Viale, *Quale mente per l'economia cognitiva*, in *Le nuove economie, Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, a cura di Id., Milano, 2005, p. 223 ss.; Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, 2005, p. 173 ss.

¹⁷ A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, op. cit., p. 1124.

¹⁸ In tema Zeno Zencovich, *Il lato oscuro della legge: diritto e superstizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 309 ss.

fornitura, l'identità delle persone rappresentate (artt. 30, comma 2); le disposizioni del Codice del consumo che puntano ad abolire e contrastare pratiche commerciali "ingannevoli" che hanno lo scopo di trarre in inganno il consumatore "medio" portandolo a prendere una decisione in ambito commerciale, che in altre circostanze ed a fronte di informazioni complete e dettagliate, e non fuorvianti, non avrebbe mai preso (artt. 21 ss.)¹⁹.

Pur tenendo in considerazione il fatto che vi sia un'adesione oggettiva dei codici al paradigma neoclassico, per quanto concerne la validità delle scelte giuridiche ed economiche oggetto del patto, l'ordinamento giuridico non pretende quello che è nota come la c.d. massimizzazione del vantaggio²⁰.

Non dovrebbe sorprendere che nel 1942 i legislatori abbiano deciso di riconoscere il fatto che quando è in corso una negoziazione le trattative vengono svolte con una limitata razionalità, pur tenendo conto del fatto che, per legge, le suddette negoziazioni risultano comunque valide purché entrambe le parti le possano ritenere soddisfacenti nel momento della loro messa in atto.

Nonostante i progressi che ci sono stati soprattutto in merito all'ordine giuridico del mercato²¹, a prescindere dalle diverse prospettive giuridiche ed economiche, dallo scontro tra la razionalità economica del diritto e la razionalità assiologica ne consegue la necessità di adeguare l'essere al dover essere (includendo in tutto questo il consenso informato, la comprensibilità e la chiarezza senza reticenze, escludendo qualsivoglia pressione indebita a prescindere dai soggetti presi in considerazione)²².

Più semplicemente, grazie alla teoria economica liberista, è stato possibile dimostrare quale fonte di arricchimento possa rivelarsi essere lo scambio.

Del resto lo stesso Adam Smith, le cui teorie sono molto apprezzate dagli economisti "classici", sostenne che sia per gli individui che per le nazioni la produzione e lo scambio possono essere visti come un'importante fonte di ricchezza.

Grazie al concetto di marginalismo²³, sarà possibile spostare l'attenzione, fino a quel momento focalizzata sulla ricchezza, sul valore con la consapevolezza che in seguito ad uno scambio i soggetti coinvolti possono entrare in possesso di beni che, per gli stessi potrebbero avere una utilità maggiore rispetto a quelli ceduti, in

¹⁹ A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, op. cit., p. 1124.

²⁰ A. Gentili, op. cit., p. 1125, il quale precisa sul punto che: "I legislatori hanno sempre ritenuto sufficiente (in termini di validità) che la scelta economica tradottasi nel regolamento negoziale desse agli interessi una sistemazione soddisfacente. Basti per tutti pensare a che: l'errore non è causa di annullamento se non è essenziale (a prescindere dalla riconoscibilità); la minaccia non è causa di annullamento se crea solo disagio e non paura; la causa non è mai ritenuta mancante se il patto realizza in ragionevole misura gli interessi; i motivi non rilevano se non sono determinanti".

²¹ Attualissime le riflessioni di Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2001, p. 4.

²² *Amplius in Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, a cura di Mattei e Pulitini, Milano, 1994; *Analisi economica del diritto privato*, a cura di Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà e Romani, Milano, 1998; Cooter (et al.), *Il mercato delle regole: analisi economica del diritto civile*, 2ª ed., Bologna, 2006.

²³ Si tratta di una corrente di pensiero economico sviluppatasi tra il 1870 e 1890. La metodologia marginalista è quella che ancora oggi con il Monetarismo esercita maggiore influenza rispetto a quella classica e marxista.

seguito a ciò si avrà pertanto un incremento del valore di tali bene, sempre a parità di beni disponibili²⁴. Sotto questo punto di vista, è possibile elaborare nel modo migliore il modello di perfetta razionalità dell'*homo oeconomicus*, modello che risulta essere alla base della razionalità funzionale del mercato, nonché quello che oggi viene ritenuto da molti, e nonostante diverse obiezioni, il modello di riferimento per eccellenza.

In definitiva, l'economia deve soddisfare, secondo tale logica, una giusta relazione tra i bisogni reali della collettività e del singolo e i mezzi a disposizione per soddisfarli, le leggi neoclassiche si basano tutte sull'assunto che concerne la autenticità valutativa e quanto le informazioni scambiate possano effettivamente essere ritenute veritiere²⁵.

La prospettiva inerente alla razionalità economica è stata interiorizzata da parecchio tempo dal diritto civile, tanto che ad oggi tale prospettiva è da ritenersi direttamente correlata a quei primi interventi di codificazione dell'Europa occidentale, andando così ad apportare delle modifiche, a livello di concetto di *homo oeconomicus* che in talune circostanze diventa *homo juridicus*, con la convinzione che in determinate situazioni un soggetto abbia facoltà di intendere e volere e, pertanto, sia in grado di negoziare in modo adeguato salvaguardando al contempo ed in completa autonomia i propri interessi in completa autonomia²⁶.

Grazie al libero consenso, è proprio a partire dal Code civil che inizia ad essere ritenuta valida ed accettata la regola dello scambio visto come un uso libero e consapevole del proprio raziocinio. Tale regola vale da un punto di vista legale per tutte le parti coinvolte e si propone di mettere la forza a completa disposizione della volontà del soggetto²⁷.

Il presupposto inerente le regole private realizzate, e la loro relativa validità è quello che viene definito, da un punto di vista civilistico, il presupposto inerente alla scelta contrattuale razionale.

Nel momento in cui il contratto viene considerato valido, la sua esecuzione viene assistita, mediante la coazione, anche dall'ordinamento, ciò comporta che, secondo quanto stabilito dalla regola formulata in modo razionale dalle parti coinvolte, vengano soddisfatti i relativi interessi. La volontà viene pertanto tradotta dal Codice civile in vincoli giuridici, pertanto gli interessi vengono tradotti in diritti, quindi viene messa a disposizione della libertà la forza che viene espressa nel momento in cui viene dichiarata la volontà²⁸.

Il fatto che presupposti teorici di questo tipo vengano condivisi non solo dalla dottrina di common Law ma anche dalla dottrina di civil Law è alquanto significativo nonostante ciò venga fatto in base alla varietà di forme e di discipline nelle quali tali presupposti si manifestano.

²⁴ Le utilità sono per definizione un elemento soggettivo, che non coincide necessariamente con quel che la teoria economica conosce come preferenze rivelate. Fondamentali sul punto gli studi di Samuelson, a partire da Social indifferent curves, in Quarterly J. Econ., 1938, p. 1 ss.; Id., A note on the pure Theory of Consumer's Behaviour, in Economica, 1938, p. 61 ss.

²⁵ A. Gentili, Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali, op. cit., p. 1115.

²⁶ Sul punto si vedano le preoccupazioni da tempo testimoniate da diversi studi: ex multis v. Lucarelli, Solidarietà e autonomia privata, Napoli, 1970, spec. p. 129 ss. e Barcellona, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, Milano, 1969, p. 20 ss.

²⁷ A. Gentili, Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali, op. cit., p. 1117.

²⁸ A. Gentili, ibidem.

La razionalità collettiva (che può essere espressa, ad esempio, mediante le regole che stabiliscono l'ordine pubblico da un punto di vista economico, di direzione e di protezione²⁹), secondo quanto stabilito dal sistema legislativo vigente al momento, si associa alla razionalità individuale della scelta.

Vi è quindi una irrazionalità individuale a cui si somma una irrazionalità collettiva del mercato³⁰: quando nel mercato si assiste al fallimento di alcuni scambi³¹ tale fallimento è dovuto a tutta una serie di ostacoli, sia naturali che associati all'uomo (esternalità negative, distorsioni della circolazione di informazioni, ecc.), che a loro volta contribuiscono a generare ulteriori ostacoli nel regolare un contratto in modo razionale e nell'effettuare degli scambi in modo pienamente razionale; non è possibile inoltre predisporre eventuali clausole che possano porre rimedio ai c.d. costi transattivi, peraltro, troppo elevati³².

Coscienza e libertà sono alla base del pensiero razionale dell'*homo oeconomicus*. Di fatto però l'*homo oeconomicus* non esiste realmente, è un sogno, e c'è un limite alla razionalità economica degli uomini³³: dalla distanza, dalle asimmetrie di informazione³⁴, da pratiche sleali, dalle situazioni emotive³⁵, come l'avversione al rischio, da suggestioni pubblicitarie, ingannevoli o aggressive e dal bisogno³⁶.

Una razionalità limitata come questa non contribuisce a supportare la tesi secondo la quale gli scambi possano essere definiti sempre giusti ed efficienti in quanto "voluti"³⁷. Nonostante siano liberi di soddisfare i propri bisogni personali a seconda dei gusti e di realizzare i propri interessi, gli individui spesso falliscono nelle loro scelte economiche e questo comporta non solo il fallimento del mercato stesso ma anche di tutte le persone che ne fanno parte³⁸; tali fallimenti possono essere previsti, evitati e corretti solo grazie alla legge³⁹.

È importante pertanto riflettere ancora sul fatto che, dal punto di vista del profilo del diritto dei contratti e del profilo negoziale, il rimedio ideale sia proprio individuare ed identificare un margine di intervento che può essere definito paternalistico al fine di andare a razionalizzare (mediante un intervento giuridico o di terzi

²⁹ Per queste nozioni per tutti v. Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

³⁰ Godelier, *Razionalità e irrazionalità in economia. Logica dialettica e teoria strutturale nell'analisi economica*, Milano, 1970.

³¹ Cfr. Giu. Palermo, *Equilibrio economico generale e fallimenti del mercato: teoria, metodologia e filosofia morale*, Brescia, 2003.

³² A. Gentili, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, op. cit., p. 1121.

³³ Sulla razionalità limitata per tutti: Simon, *La ragione nelle vicende umane*, Bologna, 1984; Id. *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985; cfr. inoltre nel panorama italiano M. Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, a cura di Viale, Milano, 2005, p. 33 ss.

³⁴ G.A. Akerlof, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly J. Econ.*, 1970, 84, 3, p. 488 ss.

³⁵ Occorre infatti tener conto della concorrenza di motivazioni di indole psicologica ovvero sociologica; cfr. Steiner, *Economia, mercati, società*, Bologna, 2001, p. 33 ss.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sul punto A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 37 ss., ricorda che "la disciplina giuridica dello "scambio" è la storia di un difficile rapporto tra efficienza e giustizia".

³⁸ Critico Papa Francesco I (M.J. Bergoglio), in *Laudato Si'*. Enciclica sulla cura della casa comune, Roma, 24 maggio 2015, spec. p. 39 e 168 ss., che invita ad "evitare una concezione magica del mercato", (p. 169) e a "riflettere responsabilmente sul senso dell'economia e sulla sua finalità, per correggere le disfunzioni e distorsioni", (p. 172), cercando altri modelli di intendere l'economia e il progresso, auspicando tra "politica ed economia" un "dialogo per la pienezza umana", (p. 168).

³⁹ Sul carattere normativo della scienza economica Myrdal, *L'elemento Politico nella Formazione delle Dottrine dell'Economia Pura*, Firenze, 1943.

indipendenti, e mediante le leggi)⁴⁰ il mercato, andando al contempo a rimediare agli errori di cognizione, ai costi di transazione ed agli errori ponendo rimedio anche ai costi relativi alle transizioni ed agli errori comportamentali (anche agendo in modo preventivo) o consentire allo stesso mercato di decidere come auto-correggersi.

Il diritto statale, a causa dell'espansione dell'economia oltre i confini dello Stato, è risultato essere inadeguato per controllare e regolare i nuovi traffici commerciali sempre più importanti ed in particolare modo i mercati che più di tutti sono riusciti a sottrarsi al suo controllo sono stati i mercati finanziari internazionali⁴¹. Si è assistito ad un progressivo peggioramento della relazione tra i flussi finanziari, nei mercati associati alla Borsa, e l'economia reale – ovvero l'economia che interessa lo scambio dei prodotti e la loro produzione nonché la ricerca di un profitto continuativo nel corso del tempo e l'investimento dei capitali nelle imprese – tale relazione è diventata sempre più problematica, ed a volte anche indecifrabile, tanto che ad oggi si è ormai sottratta all'ambito che compete l'ordinamento giuridico statale⁴².

Il paradigma teorico della “razionalità” (comportamentale ed economica) degli operatori di mercato e degli investitori è il fondamento dei mercati finanziari. Tutti i soggetti coinvolti operano con l'obiettivo di massimizzare le proprie prospettive di guadagno⁴³.

È stato possibile dimostrare, in modo empirico e grazie ai più recenti studi di finanza comportamentale (behavioral finance)⁴⁴, che tutti i soggetti parimenti coinvolti hanno compiuto delle scelte economiche che non rispecchiano il modello astratto di razionalità tradizionale⁴⁵. Anche in ambito finanziario, secondo quanto già accennato in precedenza, gli errori di ragionamento e le preferenze vanno ad influenzare sia i clienti che gli operatori economici (ma ciò vale anche per i soggetti regolatori ed il legislatore stesso)⁴⁶.

Errori di questo tipo, che da un punto di vista astratto non risultano essere compatibili con il classico paradigma della razionalità delle scelte, sono frequenti, tipici e prevedibili in quanto possono essere visti come una conseguenza ad eventuali vincoli e deficit cognitivi dei soggetti coinvolti⁴⁷.

La behavioral finance ha studiato gli errori tipici che emergono analizzando il comportamento degli agenti, ed ha potuto constatare che tali errori possono incidere sia a livello del singolo rapporto di investimento

⁴⁰ Su tale esigenza inequivocamente Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 2ª ed., Napoli, 1999, p. 151, afferma che “dall'esterno il mercato va disciplinato da regole di concorrenza e trasparenza, dalle quali la persona nel mercato è garantita non solo come soggetto individuo, ma come soggetto collettivo”.

⁴¹ Molteplici spunti di riflessione in A. Gentili e Di Raimo, *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema*, Napoli, 2016.

⁴² P. Rossi, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, p. 36.

⁴³ U. Morera, E. Marchisio, *Finanza, mercati, clienti e regole, ma soprattutto persone*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, p. 19 ss.

⁴⁴ Oldberg e von Nitzsch, *Behavioral finance*, Chichester, 2001; *Behavioral finance*, a cura di Shefrin, Cheltenham-Northampton, 2001.

⁴⁵ Morera, Marchisio, *Finanza, mercati, clienti e regole, ma soprattutto persone*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2012, op. cit., p. 20.

⁴⁶ Morera, *Legislatore razionale versus investitore irrazionale quando chi tutela non conosce il tutelato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 77 ss. Per quanto riguarda invece i problemi attinenti alla irrazionalità inevitabile dei giudici cfr. Bona, *Sentenze imperfette*, Bologna, 2010.

⁴⁷ *Critica della ragione economica*, a cura di Motterlini e Piattelli Palmarini, Milano, 2005.

(caratterizzato da una evidente asimmetria tra le parti), sia a livello del corretto funzionamento dei mercati dei capitali (noto per essere caratterizzato da diversi elementi di rischio, e da dei processi decisionali instabili)⁴⁸. Nel mercato finanziario, andando ad analizzare il tutto secondo un punto di vista molto più ampio, quella che viene definita la funzione sociale del diritto dei contratti, che fa riferimento nello specifico a dei modelli di correttezza e di chiarezza (soprattutto prendendo in considerazione la razionalità imperfetta che caratterizza ogni singolo individuo e di cui si è parlato in precedenza), è quella funzione che consente, sotto un certo punto di vista, di mantenere una certa forma di competizione, e pertanto di la concorrenza, tra gli operatori e, sotto un altro punto di vista, di garantire che il mercato funzioni nel modo più corretto possibile salvaguardando la sicurezza dei clienti (ovvero, in linea generale, dei risparmiatori e degli investitori), il tutto in un contesto molto più ampio come può essere quello della tutela dell'ordine pubblico economico⁴⁹.

Nonostante ciò, è risultata sempre più evidente la necessità di ideare, e ove possibile, mettere in atto delle tecniche e dei meccanismi di correzione (o, per lo meno, di prevenzione e di contenimento) degli errori comportamentali e degli errori cognitivi, tenendo in considerazione il fatto che un intervento di questo tipo non dovrà (*rectius* dovrebbe) mai permettersi di prendere al contempo in considerazione il principio secondo il quale ogni singolo individuo, avente la possibilità di disporre a piacimento del proprio patrimonio, deve sottostare alle conseguenze che possono derivare da determinate scelte finanziarie intraprese⁵⁰.

Soprattutto in questo settore, la scelta degli investitori deve essere fatta avendo a disposizione degli strategici, nonché preziosi, rimedi preventivi e di sostegno (senza giungere infine ad assolvere gli investitori di qualsivoglia responsabilità, come a volte può avvenire, soprattutto quando si ricorre a delle regole di indennizzo indiscriminate o alla responsabilità oggettiva degli intermediari e degli emittenti)⁵¹.

L'“irrazionalità inevitabile” dell'investitore, descritta dalla finanza comportamentale in un'ottica rimediabile⁵², può essere considerata un elemento di asimmetria, nonostante sia comunque ed in ogni caso un elemento molto

⁴⁸ Spunti di interesse sul tema in Natoli, Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione, Milano, 2012.

⁴⁹ Sul punto U. Morera, E. Marchisio, Finanza, mercati, clienti e regole, op. cit., p. 35, evocano il tradizionale intervento regolatore, proprio del settore bancario “teso ad evitare che l'illiquidità della banca ed il contagio tra banche possa determinare un rischio sistemico per l'intero segmento”. Cfr. art. 5, comma 1, TUB (“Finalità e destinatari della vigilanza”).

⁵⁰ Come ben illustrato da U. Morera, E. Marchisio, Finanza, mercati, clienti e regole, op. cit., p. 36, occorre evitare che ne risulti gravemente minato il corretto funzionamento del mercato, favorendo (pur indirettamente) scelte di vero e proprio “azzardo morale” “laddove gli investitori sarebbero all'evidenza incentivati ad intraprendere comportamenti eccessivamente rischiosi, sulla convinzione che i costi associati ad un eventuale esito negativo sarebbero poi sopportati da altri operatori o, addirittura, dalla collettività”.

⁵¹ Per tutti Alpa, La trasparenza nei contratti bancari, Bari, 2003.

⁵² Sul tema dei “rimedi”: di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Eur. dir. priv., 2005, p. 341 ss., il quale esamina l'approccio al tema del contratto basato sui rimedi, tipico dei sistemi di Common Law, confrontandolo con la prospettiva tipica dei sistemi di Civil Law, basata sul riconoscimento dei diritti. L'a. osserva che non si tratta più esclusivamente di garantire che le regole della formazione del contratto siano rispettate in ossequio del principio della parità formale tra le parti, ma anche che il contratto realizzi, con l'ausilio appunto dei rimedi, effetti distributivi adeguati sul piano delle relazioni sociali. Cfr. Mazzamuto, La nozione di rimedio nel diritto continentale, in Eur. dir. priv., 2007, p. 585 ss.; si veda altresì lo studio di Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi, in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 852 ss.; Mazzamuto e Plaia, I rimedi, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 739 ss.; Sirena e Adar, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, in Riv. dir. civ., 2012, III, p. 359 ss.; Vettori, Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti, in Eur. dir. priv., 2006, p. 53 ss.

importante. Va escluso invece il fatto che, di per sé, possa essere ritenuta causa di una naturale inabilità di intendere e di volere, contestualizzando tale inabilità in ambito tecnico e giuridico, poiché risulta essere di fondamentale importanza nel momento in cui gli istituti civilistici si devono adoperare per proteggere l'individuo.

Non solo la malafede riposta in uno dei due contraenti, ma anche il rimedio che fa ricorso all'annullamento del contratto dovrebbe essere valutato prestando particolare attenzione, consapevoli del fatto che inquadrando la fattispecie in discussione, sarebbe possibile annullare tutti i contratti finanziari stipulati, premettendo che qualsiasi intermediario contraente dovrebbe essere più che consapevole della condizione di "razionalità imperfetta" del contraente⁵³.

D'altro canto, però, apparentemente, la conformazione della volontà non sembra venire menomata o compromessa dall'irrazionalità che caratterizza l'individuo, nell'ottica più tradizionale che fa venire meno i vizi (violenza, dolo e errore) che caratterizzano la volontà contrattuale. Quando si parla di irrazionalità "inevitabile" si fa riferimento ad un errore di valutazione che porta ad una scelta errata direttamente correlata a delle convinzioni errate conseguenza di una visione distorta del reale, piuttosto che ad una rappresentazione "forzata" o "fasulla" della realtà stessa.⁵⁴

Pare *ex adverso* congruo che vi possa essere una riduzione delle pretese inerenti a risarcimento, da cui potrebbe trarne beneficio l'intermediario, nel solo caso in cui abbia pienamente assolto tutti gli obblighi riguardanti la tutela dell'investitore⁵⁵ dai quali è onerato.

È opportuno evidenziare, in questa ottica, che l'insorgere di distorsioni decisionali e cognitive ("overconfidence") può essere dovuto all'eccesso di informazione. A differenza di quanto afferma la teoria classica, non è possibile vedere l'informazione come un dato obiettivo e in sé neutrale. La soluzione ideale, soprattutto da un punto di vista della prevenzione, sembra sia quella di favorire la messa a confronto e pertanto il paragone di specifiche condizioni che fanno riferimento allo stesso bene/prodotto o contratto, comparando direttamente i costi (commissioni e oneri) con altre eventuali condizioni (recesso, garanzie collegate ecc.), così che si possa aiutare il cliente a selezionare l'offerta ideale in base alle sue necessità ed ai suoi interessi⁵⁶.

⁵³ U. Morera, E. Marchisio, Finanza, mercati, clienti e regole, op. cit., p. 37.

⁵⁴ Ibidem, p. 38.

⁵⁵ Si precisa che: "Non rinunciando comunque ad indagare, almeno in prospettiva futura, se possa considerarsi sufficiente il formale rispetto della disciplina a tutela dell'investitore previsto dalla normativa di settore (...), ovvero se necessita anche la prova dell'intermediario di aver posto in essere, in concreto, tutto quanto necessario al fine di evitare il danno in capo all'investitore (come ci sembra debba concludersi quando l'intermediario abbia percezione di un problema di "irrazionalità" nella autopercezione o nella presentazione del cliente, come avviene quando, ad esempio nella compilazione del profilo di rischio si manifestano incongruenze non razionalmente spiegabili". Cfr. U. Morera, E. Marchisio, Finanza, mercati, clienti e regole, op. cit., p. 39. "D'altra parte, deve sottolinearsi come la tecnica di acquisizione delle informazioni da parte del cliente ("know your customer rule") non consenta mai l'assunzione di informazioni obiettive, ma sia, a sua volta, soggetta ad errori di ragionamento sulle preferenze" (p. 40). In questo caso: "invero, solo un'accurata redazione dei moduli consentirebbe di correggere a dovere le distorsioni percettive recepite nel profilo di rischio. Occorre anche chiedersi se la formulazione di questionari inidonei (nel senso suddetto) alla rilevazione dell'effettivo profilo di rischio dell'investitore possa determinare conseguenze in capo alle parti" (p. 41).

⁵⁶ In tal senso U. Morera, E. Marchisio, Finanza, mercati, clienti e regole, op. cit., p. 48, che sollecitano una comparabilità dei prodotti anche tramite internet. Si ricordi, al riguardo, un primo tentativo nel settore bancario (specie in quello dei conti correnti) con il Progetto "Pattichiari" promosso a suo tempo dall'ABI.

Elemento fondamentale dello stato di diritto, e che può non solo incidere sullo stato socio-economico di un Paese, ma anche andare incontro alle esigenze delle differenti democrazie moderne, è il risultato di un quadro di regole chiare, che hanno un impatto noto non solo sui cittadini ma anche sulle amministrazioni e sulle imprese, comportando minori costi e maggiori benefici (proprio per questo motivo tali regole sono state accettate da tutti coloro che risultano essere coinvolti nei processi di produzione)⁵⁷.

Al fine di poter migliorare non solo le istituzioni democratiche ed il loro funzionamento⁵⁸, ma anche la loro crescita socio-economica è diventata di fondamentale importanza la “qualità delle regole”⁵⁹.

Considerando il fatto che non sempre i soggetti che devono sottostare a tali regole hanno delle reazioni razionali e rispettose, il problema vigente può essere esteso anche a livello degli strumenti che devono essere adottati durante un intervento pubblico, procedendo con la misurazione ed il paragone tra gli effetti e ripercussioni delle opzioni disponibili, che in linea teorica avrebbero eventualmente la possibilità di rispondere in modo adeguato alla necessità di avere una regolazione (includendo in tutto questo anche un’opzione che contempli il non intervento)⁶⁰.

La *default rule*, in un quadro di questo tipo, può essere vista pertanto come una possibile misura di regolazione che può prendere il nome di pungolo (*nudge*) o “spinta gentile” proponendosi di promuovere il benessere delle persone offrendo loro una libera scelta.

Per fare ciò è necessario organizzare un particolare contesto che possa fare da spinta gentile, in quanto è di fondamentale importanza fare in modo che le scelte non solo non vengano bloccate sul nascere, ma anche che non vengano rese eccessivamente onerose⁶¹.

La default rule, in specifici contesti, può essere utilizzata per regolare la situazione avendo, come già è stato accennato in precedenza, un impatto non indifferente sui comportamenti perpetrati dai destinatari di questa stessa regola⁶². È per questo motivo che alla base di tale regolazione vi deve essere da parte dell’ente (soggetto regolatore la certezza di poter agire in modo consapevole, in un contesto decisionale che dovrebbe portarlo ad optare per l’opzione di regolazione ideale a seconda delle esigenze che sono state riscontrate, degli effetti sui

⁵⁷ N. Rangone, Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole, in Mercato concorrenza regole, 2012, p. 151 ss. e spec. p. 156.

⁵⁸ Di ampio respiro le riflessioni di Ferrajoli, Democrazia costituzionale e scienza giuridica, in Dir. pubbl., 2009, p. 1 ss.; Id., Per un costituzionalismo di diritto privato (Relazione al convegno “Riflessioni sul diritto privato futuro”, svoltosi presso l’Università di Camerino, 23-24 ottobre 2003), in Riv. cri. dir. priv., 2004, p. 11 ss.

⁵⁹ M. De Benedetto, M. Martelli e N. N. Rangone, La qualità delle regole, Bologna, 2011; N. Rangone, Mercati finanziari e qualità delle regole (Economic analysis of financial regulation), in Banca impr. soc., 2010, p. 55 ss.

⁶⁰ In Italia un’analisi di impatto della regolazione viene prevista in via sperimentale nel 1999 per la regolazione governativa (e resa vincolante a dieci anni di distanza) e nel 2003 imposta quanto alle misure generali delle autorità amministrative indipendenti. Critico Lupo, La lunga crisi del procedimento legislativo e l’impossibile qualità delle regole, in Analisi giuridica dell’economia, 2013, p. 421 ss.

⁶¹ N. Rangone, Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole, op. cit., p. 162, la quale ricorda che in tale direzione ha agito anche la regolazione governativa statunitense (l’Office of Information and Regulatory Affairs dell’Office of Management and Budget) nel Memorandum on Disclosures and Simplification as Regulatory Tools del 2010 che invita i regolatori a prendere in seria considerazione “spinte A. Gentili”, come le opzioni di default o la active choosing.

⁶² N. Rangone, Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole, op. cit., p. 163.

destinatari diretti e indiretti e degli obiettivi perseguiti, facendo in modo di poter regolare il tutto al meglio così da poter ottenere risultati positivi ma nel modo meno gravoso possibile⁶³.

Ciò rende necessario prendere in esame tutte le possibili regolazioni che si hanno a disposizione e che si possono concretamente realizzare (includendo tra queste anche quella di non intervenire), valutandole tenendo conto del fatto che i destinatari potrebbero anche non essere razionali. Indicazioni di questo tipo sono perfettamente in accordo con la necessità di porre le persone reali, con le loro indicazioni, passioni, debolezze e preferenze, debolezze, all'attenzione dei decisori pubblici⁶⁴.

La spinta gentile, dunque, si relaziona con un comportamentismo consapevole e responsabile che pone l'economia al servizio di scelte eticamente in linea con i bisogni del consumatore.

Adam Smith ha affermato che “*non è della benevolenza del macellaio, del birraio o del fornaio che ci aspettiamo la nostra cena, ma dalla considerazione del proprio interesse*”. Questa è una delle frasi più note e maggiormente citate nel discorso riguardante la storia del pensiero economico, poiché contiene il vero significato associato dalla visione economica al concetto di cooperazione.

La cooperazione e gli scambi, grazie alla mediazione del mercato, possono essere attuati anche tra soggetti indifferenti economicamente, e questo proprio in seguito al beneficio di cui possono godere entrambi.

Da alcune aree del cervello sembrerebbe emergere un impulso primitivo che viene definito spirito cooperativo.

Secondo le ricerche del neuro – scienziato Alberto Oliverio, quando percepiamo la fiducia di qualcun altro, il nostro cervello sviluppa una sostanza che determina sensazioni piacevoli. Pertanto è la stessa fiducia ricevuta a costituire una delle ragioni che motiva una risposta affidabile.

In poche parole, sembrerebbe possibile affermare l'esistenza di una fiducia di risposta, in quanto un comportamento fiducioso è indice per il fiduciario di un'aspettativa di affidabilità del soggetto affidante.

Il tutto si basa sul concetto che un soggetto pone la sua fiducia in un altro soggetto, proprio perché quest'ultimo si è fidato di lui. Si tratta dunque di un gioco di aspettative.

Seguendo le argomentazioni sinora rappresentate, ci porterebbero ad affermare che premiando e agevolando la correttezza, si consolida la fiducia intuitiva basata sulla rispondenza che serve a tenere insieme le relazioni con comportamenti corretti tanto da evitare il compimento di reati.

La reciprocità e l'affidabilità da considerare come norme rinforzate dalla approvazione o disapprovazione sociale.

Sunstein nella sua opera “il diritto alla paura” sostiene:” che i governi abbiano la responsabilità d'imprimere un *nudge* ai consociati, per esorcizzare paure infondate e trasmetterne di fondate”

Sunstein in particolare sostiene come molte paure della collettività siano infondate e che ad esempio il panico morale si diffonde per contagio emotivo e che quindi non vanno assecondate.⁶⁵

⁶³ Così la Commissione europea nella “consultazione delle parti interessate sulla “regolamentazione intelligente”, del 25 aprile 2010.

⁶⁴ N. Rangone, Il contributo delle scienze cognitive alla qualità delle regole, op. cit., p. 166, che – con riferimento all'attività dell'Office of Information and Regulatory Affairs – richiama espressamente Sunstein, Humanizing Cost-Benefit Analysis, in Administrative Law Rev. Conference, February 17, 2010.

⁶⁵ Cass R, Sunstein, *Il diritto della paura*. Il Mulino-Saggi

In una società molto informatizzata non diventa impossibile che il diritto assuma una connotazione paternalista. Ma ci si domanda se il paternalismo, per quanto soft, restringe gli spazi della deliberazione democratica.

Ecco allora che diviene essenziale “imparare a pensare” e di tale obiettivo si fa carico la psicologia cognitiva. Il fatto che sia necessario considerare seriamente le emozioni è uno dei concetti principali sostenuti dalla neuroscienza al fine d’imparare attraverso un ragionamento logico consequenziale, a distinguere il percepito dal reale.

Daniel Golmen nel suo libro “intelligenza emotiva” consiglia che la soluzione per guarire i mali sociali è di focalizzare la nostra attenzione sui giovani ed in particolar modo sulle loro competenze sociali ed emozionali. Secondo l’autore si deve intervenire fin da piccoli, i bambini devono essere educati a sviluppare una tipologia di intelligenza emotiva e devono comprendere di poter dominare le proprie emozioni, necessario ciò per poter vivere all’interno di una collettività.

Le scoperte fatte in ambito neuroscientifico sono alquanto rassicuranti, e sembrano garantire la circostanza che se si cercherà di ampliare l’autoconsapevolezza, il controllo più efficace dei sentimenti negativi, la conservazione dell’ottimismo ecc. si potrà sperare in un futuro con meno violenza e miseria morale.

L’autore sostiene che il rimedio sta nel non lasciare l’educazione emozionale dei figli al caso ma, intervenire con percorsi innovativi che mirano a dare ai bambini gli elementi di base dell’intelligenza emotiva⁶⁶.

La spinta gentile permette quindi di creare una relazione obbligata tra l’economia e le scelte che vengono eticamente poste in essere in base alle richieste che l’individuo fa all’interno della collettività.

Le scelte spesso vengono influenzate anche dal reciproco vantaggio che gli altri ricavano da noi; da questo punto di vista, il benessere non è del singolo ma è a vantaggio di tutti, per fare ciò è inevitabile la cooperazione. Il collaborare tra i soggetti a prescindere dal vantaggio che se ne ricava è elemento essenziale per poter ottenere dei vantaggi e contestualmente soddisfare i propri interessi.

L’uomo è nato per vivere in comunità e nel fare ciò deve tenere in conto anche le necessità degli altri e deve realizzare non scelte isolate ma delle vere e proprie collaborazioni per arrivare ad ottenere i migliori risultati possibili.

L’aiutarsi è un elemento che nella mente produce anche sensazioni di benessere, considerando che l’uomo non si vede solo ma inserito in una comunità all’interno della quale può fare affidamento aiutando e facendosi aiutare dagli altri.

La fiducia che si viene ad instaurare è quindi elemento imprescindibile per poter consapevolmente anche le proprie emozioni e permettendo agli uomini di scegliere ciò che è bene e ciò che è male⁶⁷.

⁶⁶ Daniel Goleman: “*l’intelligenza emotiva*”

⁶⁷ “Lo spirito cooperativo sembrerebbe un impulso primitivo che emerge da aree antiche del cervello, ma la cosa sorprendente, secondo le ricerche del neuro – scienziato Alberto Oliverio, è che quando percepiamo la fiducia di qualcun altro, il nostro cervello sviluppa una sostanza prodotta dal sistema parasimpatico; l’ossitocina che determina sensazioni piacevoli, pertanto, è la stessa fiducia ricevuta a costituire una delle ragioni che motiva una risposta affidabile” in www.economicomportamentale.it

Se l'uomo ha fiducia in qualcuno si instaura una relazione, un legame forte che permette di generare comportamenti corretti e giusti; questo perché si creano aspettative di fiducia tra le persone nonché una facilità di raggiungimento dei rispettivi risultati.

Il risultato non l'elemento fondamentale per realizzare una cooperazione è certamente una conseguenza positiva che si viene a porre in essere, ma la collaborazione e la fiducia si generano per spontaneità d'animo e non devono essere collegate necessariamente a determinati risultati.

In questo contesto fondamentale è anche il ruolo del diritto, perché la creazione di regole che impongono un vivere sociale corretto e giusto, secondo i dettami della legalità permette di incardinare delle relazioni necessarie basate su comportamenti sociali equi.

Il rispetto che ognuno ha dell'altro fa assumere al diritto una funzione di tipo paternalistica, che aiuta l'individuo se in difficoltà ma nello stesso tempo pone un freno all'arbitrarietà e alla non consapevolezza degli altri.

Le neuroscienze aiutano in questo perché permettono di conoscere i meccanismi che stanno alla base di molte decisioni che inevitabilmente non riguardano il singolo ma si riverberano sulla collettività, alla base della quale troviamo le regole del diritto che cercano di disciplinare il vivere.

1.3. Alterazione emotiva e processi cognitivi e decisionale

Le alterazioni emotive ricadono inevitabilmente su uno dei concetti fondamentali del diritto penale e cioè l'imputabilità che assieme a quello di causalità, rappresentano il banco di prova di un positivo confronto fra conoscenze diverse, quella del giurista e del tecnico esperto.

Volentieri, esse condisendono in maniera negativa sulla ricerca della verità e sulla concretizzazione del cammino fattuale che ha condotto a processo un determinato evento divenuto reato e, quindi, meritevole di valutazione comportamentale del suo agente.

Si potrebbe dubitare della certezza e affidabilità scientifica di accertamenti di tal genere, nonostante le novità apportate dalle neuroscienze, e ciò per la presenza di biases che possono segnare il lavoro peritale⁶⁸, e che possono contaminare la prova scientifica anche e, soprattutto, in tema di imputabilità e di pericolosità sociale, campi nei quali si tratta di organizzare, coordinare, portare ad unità logica convincente indicazioni molto complesse.

A tal fine, come rileva la dottrina specialistica, è di fondamentale importanza che gli scienziati forensi e i giudici si possano avvalere di sono metodi di ragionamento formali "capaci di assistere sia gli scienziati forensi

⁶⁸ Più conosciuti e studiati sono quelli che possono inficiare il processo decisionale del giudice, cfr., nella letteratura italiana più recente, R. Rumiati - C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna, 2019, passim; P. Catellani, *Prevedibilità, nessi causali e attribuzione di responsabilità: le inconse difficoltà del giudicare con "il senno di poi"*, in S. Azzali - U. Morero - G. Rojas Elgueta, *Errori cognitivi e arbitrato*, Bologna, 2018, 227 ss.; G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, Milano, 2018, passim e ivi la bibliografia; A. Forza - G. Menegon - R. Rumiati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

che i giudici, poiché la comprensione in particolare “dei legami di dipendenza che possono esistere tra diverse osservazioni dev’essere gestita in modo ottimale. Focalizzarsi unicamente sulla valutazione di singole evidenze”, le quali nel nostro caso potrebbe essere l’evidenza neuroscientifica, “ignorando il contesto nel quale sono state osservate, rappresenta una limitazione inaccettabile, come spesso sottolineato nella letteratura scientifica, idonea ad alimentare conclusioni errate”⁶⁹. Occorre invece porre grande attenzione alla “complessità del fenomeno di valutazione congiunta degli elementi di prova (o evidenze)”⁷⁰.

Nei casi propri dei reati connotati emotivamente la presenza di fallacie o biases cognitivi⁷¹ non facilita queste valutazioni, anche quando a farle sono psichiatri forensi esperti di disturbi mentali.

Come ha ormai evidenziato la ricerca in proposito, anche se gli esperti sanno dell’esistenza di queste fallacie, essi non sanno riconoscerle e non comprendono la necessità di difendersi dalle medesime; lacune alle quali solo una formazione specifica potrebbe porre rimedio.

Sembra, che di quest’ultima avrebbero bisogno soprattutto gli esperti forensi con più esperienza, poiché sarebbero più restii a riconoscere la presenza di questi biases nella loro attività e in quella dei colleghi⁷². E ciò, nonostante anche il parere esperto, come qualsiasi altro processo decisionale, si caratterizzi per due profili fondamentali: quello della fallibilità o biasability e quello di segno contrario della affidabilità o reliability.

Con il primo si intende fare riferimento ai potenziali effetti distorsivi che le informazioni irrilevanti e altri biases possono avere sulla decisione finale; con il secondo invece si rinvia a quelle caratteristiche positive che ogni parere esperto dovrebbe possedere, e cioè consistenza, riproducibilità o ripetibilità dei risultati, a prescindere da eventuali biases o errori⁷³.

Anche gli esperti possono cadere in errore nel valutare le alterazioni emotive del reo, seguendo il modello piramidale elaborato da una parte della dottrina⁷⁴, questi errori o fallacie possono essere divisi in due categorie, quelli da ricondurre alle caratteristiche innate dell’essere umano, raffigurati alla base della piramide e quelli derivanti dai processi di crescita e apprendimento, come l’educazione, la cultura, l’esperienza, localizzati ai piani più alti della piramide.

Fra le fallacie da ricondurre alla prima categoria in grado di minare l’obiettività del parere esperto vi sono: quelle derivanti dalla architettura cognitiva dell’uomo e dalla struttura stessa del nostro cervello, come la fallacia di selezionare le informazioni alla luce di ciò che già conosciamo secondo un meccanismo automatico

⁶⁹ F. Taroni e altri, Prova genetica del DNA e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici di prova, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 2018, 11, p. 81.

⁷⁰ *Ibidem*: “La letteratura giuridica sottolinea ugualmente l’attuale incapacità delle scienze forensi di rispondere a domande fondamentali, una delle quali riguarda la valutazione congiunta degli elementi di prova”.

⁷¹ Per una recente ed esaustiva indagine su tali biases, termine tradotto con il sintagma “illusioni cognitive”, si rinvia a G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, op. cit., p. 30 ss.

⁷² Cfr. P. A. Zapf e altri, *Cognitive bias in forensic mental health assessment: Evaluator beliefs about its nature and scope in Psychology*, in *Public Policy, and Law*, 2018, 24, p. 1 ss.

⁷³ Cfr. I. E. Dror, D. C. Murrie, *A Hierarchy of Expert Performance Applied to Forensic Psychological Assessments*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 2017, 24, p. 11 ss.

⁷⁴ P. A. Zapf, I. E. Dror, *Understanding and Mitigating Bias in forensic Evaluation: Lesson from forensic Science*, in *Internat. J. Forensic Mental Health*, 2017, 16, p. 227 ss.

e inconscio⁷⁵, ma soggetto alla distorsione di essere influenzato delle prime informazioni che vengono fornite all'esperto e acquisite, c.d. anchoring bias; o quella di sovrastimare la probabilità di un accadimento o di una circostanza, quando con facilità si richiamano alla mente esempi simili, c.d. availability bias; ancora, quella, per un'inclinazione naturale, di giungere affrettatamente alle conclusioni che confermano ciò che vogliamo, crediamo o accettiamo come vero, c.d. confirmation bias (riscontrato soprattutto nelle analisi sulle impronte digitali⁷⁶).

Alla seconda categoria, relativa alle fallacie dipendenti dall'ambiente, dalla cultura di appartenenza e dall'esperienza, e che influenzano la fedeltà al gruppo, alle ideologie, alle teorie o discipline, alle metodologie, sono da annoverare quelle di tipo motivazionale, nella misura in cui le motivazioni personali condizionano l'esperto nella raccolta, selezione e nella interpretazione delle informazioni (rilevanti o irrilevanti); quelle derivanti dal modo in cui colui che investiga vede sé stesso e si identifica con gli altri, e fra queste la tendenza a giungere alla conclusione più vicina, più in armonia con la parte che si rappresenta, come è dato registrare in particolare nei confronti degli esperti dell'accusa, che risultano fra i più proclivi ad assegnare coefficienti di psicopatologia e di rischio di recidiva. Sempre a proposito delle prognosi di ricaduta nel reato, condizionate dai fattori culturali e dai sistemi di comunicazione e di organizzazione, dai quali dipende il livello di accuratezza della relazione, sono le scelte sulle metodologie da utilizzare.

Si tratta di scelte influenti, poiché dalla tipologia di metodo applicato dipende la maggiore o minore accuratezza predittiva della prognosi. Sarebbe così emerso che metodi altamente strutturati, con regole decisionali esplicite e con poco spazio per la discrezionalità, come lo sono ad esempio quelli attuariali, presentano un tasso di errore inferiore a quello dei metodi non strutturati, come nel modello clinico.

I primi sarebbero perciò più affidabili, poiché restringono le possibilità di biases, limitando la discrezionalità dell'esperto⁷⁷.

Nei piani alti della piramide, si colloca anche il gruppo di fattori relativi al modo in cui l'esperto forense produce conoscenza, trae cioè inferenze e giunge a conclusioni. Essi rinviano alla questione di fondo della base scientifica del parere specialistico.

Si è visto infatti che nei reati c.d. emotivi la valutazione degli esperti rappresenta un cardine, sia in termini di logica processuale sia per colmare eventuali rappresentazioni della realtà non rispondenti all'effettivo stato emotivo del reo.

In altre parole, se il giudizio di non imputabilità si fonda su ricerche sistematiche e scientificamente affidabili e su metodi e procedure validate, corroborate o al contrario se poggia su ricerche e su osservazioni del tutto

⁷⁵ Ibidem (c.d. top-down process).

⁷⁶ Cfr. G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, 2018, p. 160 ss.

⁷⁷ Come ai fini delle valutazioni scientifiche sarebbero migliori i processi di indagine che utilizzano un linguaggio che si avvale di definizioni specifiche e chiare. L'uso di un simile linguaggio aumenta le possibilità di scoprire e di prevenire gli errori e ciò è importante per avere discipline scientificamente sempre più affidabili, cfr., P. A. Zapf, I. E. Dror, *Understanding and Mitigating Bias in Forensic Evaluation*, 2017, p. 231 ss.; D. Reeves et al., *Limitations of Brain Imaging in Forensic Psychiatry*, in *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2003, pp. 31, 89 ss.

individuali su metodologie personali, non sperimentate a livello della comunità scientifica di appartenenza; con la conseguenza, in quest'ultima ipotesi, di inferenze e di conclusioni del tutto erranee.

Emblematiche in proposito sono le valutazioni di alto rischio di ricaduta nel reato dei soggetti psicopatici, in quanto erroneamente considerati irrecuperabili dalla psichiatria forense che si affida esclusivamente alla dottrina specialistica che ignora, più o meno consapevolmente, gli studi più recenti.

Questi studi, individuando e distinguendo diversi gradi di psicopatia e diversi modelli di intervento, sono giunti alla conclusione della inaccettabilità della tesi ampiamente diffusa della intrattabilità dei delinquenti psicopatici⁷⁸.

Con riferimento specifico, poi, alle prove neuroscientifiche, la dottrina⁷⁹ ha messo in evidenza il rischio di trarre superficiali conclusioni sui processi cognitivi inferendole in maniera diretta dalla “istantanea”, ottenuta con le tecniche di neuroimmagine, di patologie strutturali e/o funzionali di una specifica regione cerebrale.

Utilizzando strumenti come la risonanza magnetica e la Pet si sono sperimentati particolari test, in base ai quali davanti a determinati dettagli di un crimine il cervello emette determinati segnali, individuabili attraverso detti strumenti.

È il modello euristico della c.d. inferenza inversa, che, se per un verso può risultare utile per la diagnosi, per altro verso rappresenta una fallacia che può essere fonte di pericolose distorsioni peritali, quando la procedura di inferenza è viziata dalla distorsione fondamentale di attribuire alla immagine cerebrale in sé la capacità di dimostrare la patologia mentale e, in ragione della zona cerebrale coinvolta, anche la funzione cognitiva compromessa.

La Suprema Corte ha affermato innumerevoli volte che⁸⁰ le “tempeste emotive” riflettono sulla rilevanza giudiziaria se l'imputato si trova in una situazione psicologica che lo specialista neuroscienziato ritiene connessa alla capacità d'intendere e volere dell'imputato.

Lo stato emotivo, quindi, può influire sulla misura della responsabilità penale è quindi sulla concessione delle attenuanti generiche.

Il problema di trasportare sul singolo, caso in base ai risultati ottenuti dagli studi sperimentali condotto su specifici gruppi di individui selezionati, rimane ancora irrisolto, nonostante i progressi in ambito neuroscientifico.

Il primo passo per ridurre gli effetti distorsivi dei fattori fin qui evidenziati è sicuramente quello di una maggiore consapevolezza di essi, in particolare se si considera il fatto che studi empirici hanno dimostrato che proprio gli psicologi forensi sono per deformazione professionale abituati a credere di operare obiettivamente.

⁷⁸ Cfr. M. De Juan Espinosa, Psicopatia antisocial y neuropsicología, in E. Demetrio Crespo - M. Maroto Calatayud, Neurociencias y derecho penal, Madrid, 2013, p. 575 ss.

⁷⁹ Cfr., ad es., R. A. Poldrack, Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data? in Trends in Cognitive Sciences, 2006, 10, p. 59 ss. Cfr., in senso parzialmente difforme, F. Hutzler, Reverse inference is not a fallacy per se: cognitive processes can be inferred from functional imaging data, in Neuroimage, 2014, 84, p. 1061 ss.

⁸⁰ Per ultimo Cass. Sez. 1, 21 02 1019 n. 28.

Per migliorare le prove scientifiche, limitando le possibilità di errori, occorre invece che gli esperti forensi si comportino come gli scienziati che osservano costantemente, corroborano le proprie teorie e sono pronti a rivedere il proprio sapere. In breve, per perizie oggettive, imparziali e corrette occorre in primo luogo la conoscenza dei modi in cui i biases possono minare l'obiettività scientifica dei pareri e delle consulenze esperte; in secondo luogo, l'impiego di principi e regole scientifiche per testare eventuali ipotesi alternative, metodi e strategie in grado di ridurre le possibilità di errore. Come dire che, anche in sede forense, al metodo scientifico non si può rinunciare: solo dall'utilizzo di esso nasce la prova di cui il giudice può fidarsi in quanto scientifica.

Nei casi propri dei reati emotivi le ipotesi di alterazione psicologica e psichiatrica possono investire il "sistema penale" nel suo insieme, causando i seguenti possibili eventi processuali:

- la variabilità delle conclusioni peritali dipende molto dall'esperto, nel senso che, tra l'altro, se vi sono esperti forensi favorevoli al riconoscimento del vizio di mente totale o parziale, ve ne sono altri che manifestano invece un atteggiamento di chiusura verso tale istituto. Si tratta di caratteristiche personali di cui il giudice dovrebbe avere contezza già nella fase di scelta dell'esperto;
- una formazione professionale finalizzata a preparare l'esperto ad affrontare i fattori cognitivi e i biases che possono influenzare negativamente il lavoro peritale è fondamentale e andrebbe certificata;
- sotto il profilo metodologico, l'affidabilità del parere esperto aumenta quando vengono impiegate indagini che utilizzano metodi standardizzati.

In tale ambito, con specifico riferimento alle prove neuroscientifiche offerte dalle immagini strutturali del cervello⁸¹ la dottrina esperta ha cercato di formulare delle regole generali e basilari e delle linee guida più specifiche, ma altrettanto fondamentali, il cui rispetto renderebbe più affidabili le conclusioni peritali⁸². Quanto alle regole, esse aiutano a definire il ruolo da riconoscere all'apporto neuroscientifico dell'esperto nel processo, poiché invitano ad associare i risultati neuroscientifici con le risultanze comportamentali; a non considerare il comportamento criminale un sintomo; a non ritenere che qualsiasi anormalità cerebrale comporti disturbi, sintomi comportamentali⁸³.

Quanto alle linee, esse si possono sinteticamente riassumere nei seguenti principi:

- compiere una diagnosi descrittiva dei sintomi manifestati dall'imputato non si può comunque rinunciare;
- verificare il nesso eziologico fra gli eventuali sintomi psicopatologici riscontrati e il reato commesso;

⁸¹ Da quelle immagini cerebrali cioè che offrono dati strutturali correlati ad eventuali patologie, grazie alla tecnica di immagine a risonanza magnetica.

⁸² Cfr. C. Scarpazza, S. Ferracuti et al., The charme of structural neuroimaging in insanity evaluations: guidelines to avoid misinterpretation of the findings, in *Translational Psychiatry*, 2018, p. 8, i quali precisano che queste regole e linee guida non solo non possono essere applicate alle immagini funzionali del cervello, ma anche che secondo loro nell'ambito forense l'uso di queste immagini è da considerare prematuro; cfr. anche. I. E. Dror, D. C. Murrie, A Hierarchy of Expert Performance Applied to Forensic Psychological Assessments, p. 11 ss. per un modello di metodologia peritale che potrebbe migliorare le perizie e ridurre le fallacie.

⁸³ *Ibidem*, p. 8.

- in caso di esito positivo di entrambe le condizioni precedenti, si rivelerebbe utile l'indagine con neuroimmagini strutturali;
- chiarire quali siano i vantaggi derivanti dall'impiego delle tecniche di neuroimmagine;
- se dall'impiego di queste tecniche emergono dati significativi, allora e solamente allora le immagini del cervello possono servire per verificare le eventuali correlazioni anatomico-cliniche, cioè se vi sia una relazione fra i sintomi descritti e la specifica area cerebrale che è risultata compromessa.

CAPITOLO II

“DIRITTO ED EMOZIONI”. UN CAMPO DI STUDI EMERGENTE.

2.1. Ruolo dell'emozione nella teoria giuridica

Il concetto di emozioni e il loro importante ruolo non ha mai avuto, apparentemente una funzione determinante nelle scienze giuridiche; ciò è stato considerato fin da subito un grosso limite, soprattutto nel diritto penale, dove le emozioni guidano spesso il comportamento di molti autori di reati⁸⁴.

Il Giudice Lino Ferriani nella sua opera, *“L'amore in Tribunale”*, identifica nel giurista colui che per far risplendere *“il sole della giustizia”*⁸⁵ deve essere in grado di distinguere tra passioni cieche e passioni ragionatrici, perché se l'amore può da un lato essere il più alto dei sentimenti dall'altro può trasformarsi in una farsa⁸⁶.

La teoria giuridica non è preparata a dare una risposta alla relazione intercorrente tra emozioni e diritto, sia in ambito civile che penale, e ciò potendo dipendere sia dalla circostanza, già detta, di non considerare le emozioni come determinanti in tale ambito e sia perché non vi è una definizione univoca e concordante delle stesse.

Vi è da dire che i giuristi hanno tentato di organizzare le emozioni costruendo un diritto basato su una ineliminabile dualità: l'uomo razionale ed il suo opposto (il folle l'anormale) e quindi irresponsabile, frutto del pensiero illuminista.

Una revisione della teoria scientifica sulle emozioni, negli ultimi anni ha iniziato ad interessare un gruppo di teorici del diritto che hanno cercato di chiarire il rapporto tra emozione e azione razionale.

La sfera dell'affettività rappresenta da sempre un argomento di forte impatto sociale e giuridico tant'è che, sin dal periodo storico risalente al IV sec. a.C., Nel sistema di Aristotele viene operato un preciso “discrimen” tra passioni ed emozioni; quanto alle prime: “vere emozioni accompagnate da piacere o dispiacere” per quanto concerne le ulteriori: “sono azioni sotto l'influenza delle passioni che possono possedere una chiara conoscenza della realtà”⁸⁷.

Nell'indagine scientifica è stato poi possibile distinguere, nel corso del tempo, il concetto di “emozioni” dal quello delle “passioni”, poiché delle prime ne fanno patrimonio anche le altre specie animali, delle seconde, la specie umana ne è titolare esclusiva.

Nella psicoanalisi si sono compiute indagini relative alla reazione dei soggetti, alle diverse intensità motivazionali dei comportamenti espressi dall'organismo⁸⁸.

⁸⁴ Cfr. Bodei R., *Geometria delle passioni*, cit., pp.9-14.

⁸⁵ L. Ferriani, *Tra un processo e l'altro. L'amore in Tribunale*, cit., pag.170.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ferracuti, Giarrizzo, *Stati emotivi e passionali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 661.

⁸⁸ Voce Emozione, in *Enciclopedia Garzanti di filosofia Milano*, 1995.

Dal punto di vista giuridico, le teorizzazioni volte a differenziare questi concetti, hanno trovato riscontro pratico alla luce di quanto sancito nell'art. 90 c.p.⁸⁹ si tratta di una norma molto controversa che nel nostro ordinamento penale ha visto impegnato il legislatore, fin dal 1930, con l'esclusione della rilevanza degli stati emotivi e passionali in materia di imputabilità, sia dal punto di vista "pedagogico" (che considera l'uomo preda di possibili turbe emotive e passionali a cui la norma non può cedere), sia dal punto di vista concretamente operativo e processuale: questo secondo approccio ha trovato una definitiva teorizzazione nell'esclusione della punibilità, secondo i criteri discrezionali del Giudice⁹⁰.

Quando la norma passò il vaglio definitivo della Commissione legislativa prevalse la visione teorica della rilevanza degli stati emotivi sulle circostanze costituenti i "reati passionali". Essi esercitavano una valenza che Zanardelli⁹¹ riteneva "pretestuosa", determinando "strabilianti" assoluzioni.

Il codice Zanardelli, infatti, non faceva alcun riferimento esplicito agli stati passionali ed emozionali, ma la sua applicazione comportava di fatto una dilatazione del concetto d'infermità di mente che portava a ricomprendere anche essi.

Più di recente, la dottrina ha ritenuto l'art. 90 c.p. orientato verso due distinti fondamenti, uno ancorato alla materia dell'imputabilità.

L'altro connesso al tema della colpevolezza⁹². Ulteriori orientamenti minoritari sono costruiti nei macro-indirizzi che tendono a negare qualsivoglia rilevanza sul piano giuridico, affermando che l'uomo "deve saper resistere alla passioni"⁹³, nonostante riconoscano che la psiche possa influenzare, sotto un certo punto di vista, stati emotivi e passionali. Questa teoria ha trovato accoglimento in numerose sentenze della Suprema Corte⁹⁴. Tuttavia, un orientamento sempre più consolidato⁹⁵ sostiene che uno sconvolgimento psicologico può essere, in potenza, scaturito da uno stato passionale o emotivo, tale sconvolgimento può essere equiparato all'infermità, o comunque, così debilitante da influire in modo significativo sulla capacità di intendere e volere. Tale visione comporta la teorizzazione di un'equa soluzione che oltrepassi quanto specificatamente stabilito

⁸⁹ Cosa diversa è invece la passibile rilevanza degli stati emotivi e passionali come attenuanti di reato, le quali comportano soltanto diminuzione della pena, ma non una mancata imputabilità.

⁹⁰ Negli anni Trenta il commissario Gregoraci si fece portatore di una sostanziale equiparazione della malattia mentale con uno stato emotivo passionale tale da escludere "gli affetti, le emozioni, le passioni come un modo normale di essere dell'anima umana" lav. prep. vol. IV parte II p. 277, pp. 284 – 285.

⁹¹ Nei lav. prep. vol. V p.1, Relazione sul libro primo del progetto Roma 1929, p. 143. A proposito del tema in analisi si legge "il difetto di un'esplicita disposizione del codice ha reso possibili equivoci e abusi e a tale scopo è stato introdotto l'art. 93", poi divenuto l'attuale art. 90 c.p.

⁹² G. Ruggiero, *La rilevanza giuridico-penale degli stati emotivi e passionali*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1958, p.14 ss.

⁹³ F. Carnelutti, *Il problema penale della passione in Jus*, 1954, p. 15.

⁹⁴ Cass., sez. I, 3 marzo 1993; Cass. sez. I 11 ottobre 1995 in CED Cassazione n 203651; Cass., sez. I, 22 aprile 1997; Cass. sez. I 5 dicembre 1997, in Cass. Pen., 1999, p. 156 in Riv. it. Med. Leg., 1999 p. 341 in CED Cassazione n. 209382.

⁹⁵ Di Dedda, *Gli stati emotivi e passionali come cause generative di infermità mentale*, in *Nuovo Dir.* 1934, p. 553 il quale specifica che un'emozione o una passione possono provocare in una persona normalmente equilibrata un turbamento tale da non "porlo nella condizione anormale di colui che è incapace di volere", pertanto, anche se la legge esclude la rilevanza giuridica degli stati emotivi e passionali, in sé considerati, non esclude "valore agli stati d'infermità transeunte derivante da emozioni o passioni"; in senso conforme Madia, Stati emotivi e passionali con riferimento all'art. 90, in Riv. dir. penit., 1957, p. 157.

nell'articolo 90 c.p. per dare spazio a quegli stati psicologici, che, in determinate circostanze particolari, possono eccezionalmente, generare “devianze”.

Tale visione è quella oggi prevalente che vede la rilevanza giuridica degli stati degeneranti paragonabili, negli effetti sulla cosciente formazione della volontà, all' infermità mentale che trova nel legislatore il competente operatore che, attraverso apposite norme ad hoc, deve intervenire per disciplinare le condotte prive di particolari e specifiche discipline giuridiche, capaci di attenuare la rigidità dell'art. 90 c.p.

Della questione si sono occupati illustri teorici⁹⁶, i quali hanno portato avanti un secondo orientamento fondato sul principio di colpevolezza, secondo costoro il legislatore degli anni '30 non esclude che gli stati emotivi incidono sull'elemento soggettivo fino ad escluderlo, ma aggiungono che rimane impregiudicata la questione della responsabilità dell'agente⁹⁷.

Si è parlato, pertanto, di un limite più ampio di quello previsto dall'art. 90 c.p., che comprendesse anche gli stati che comportano una falsa rappresentazione della realtà, come “errore sul fatto”⁹⁸, ma, questa teoria ha il limite di confondere l'ipotesi di carenza di dolo con quella dell'ignoranza del disvalore penale della condotta tenuta.

Un'ultima teoria riguarda la valutazione della colpevolezza rapportata all'antigiuridicità obiettiva.

Questa visuale prevede la possibilità di una estensione analogica dell'esimente della forza maggiore, con la quale gli stati emotivi presenterebbero alcuni stati comuni, quali l'esteriorità delle condotte, che diventerebbero motivo di coazione della forza⁹⁹. A quest'ultima tesi si associa anche quella che considera irrilevanti quei casi in cui è stata compromessa la libertà di volere del soggetto¹⁰⁰.

Oggi la Corte Suprema ha riconosciuto gli stati emotivi e passionali “come un vero e proprio squilibrio mentale che comporta la totale perdita dei freni inibitori e, con essi, la volontà”¹⁰¹, si tratta di una e vera patologia che determina, sia pure in via transitoria, uno stato di non punibilità che considera ogni condotta turbata da situazioni di stati emotivi e passionali meritevoli di accertamento giudiziale, anche attraverso strumenti neuroscientifici che sappiano evidenziare il nesso sociologico tra patologia psichiatrica e le condotte più o meno morbose, ossessive e compromissive del normale stato psicologico del soggetto agente.

⁹⁶ De Vincentis, *L'art. 90 del Codice penale*, in *Giust. pen.*, 1947 per il quale gli stati emotivi e passionali possono non incidere per nulla sull'attività psichica o incidere fino a tal punto da provocare un' infermità mentale vera e propria. Di conseguenza l'art. 90 c.p., contenendo una presunzione di impossibilità che gli stati emotivi e passionali diano luogo a malattie mentali, andrebbe eliminato, invocandosi addirittura il riconoscimento legislativo di un nuovo delinquente: quello passionale.

⁹⁷ V. Santacroce, *Stati emotivi o passionali e nesso psichico*, in *Giur. merito.*, 1974, II, p. 301.

⁹⁸ A. Siniscalco, *Considerazioni sugli stati emotivi e passionali e la loro rilevanza giuridica*, in *giur. it.* 1952, II, p. 327, per il quale gli stati inciderebbero sul processo formativo della volontà, facendo sì che questo risulti viziato da una falsa rappresentazione della realtà. Contra, Fierro Cenderelli, *Sulla rilevanza degli stati emotivi e passionali nell'ambito del giudizio di colpevolezza e di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1342, la quale fa rilevare come in questi casi ad escludere l'azione dolosa del soggetto non sarà la presenza dell'emozione o della passione, bensì soltanto l'effettiva sussistenza dell'errore di fatto.

⁹⁹ Ruggiero, *La rilevanza*, op. cit., p. 79 ss., il quale specifica che la comunanza dei caratteri è quantomeno individuabile all'origine del fenomeno emotivo o dell'eccesso passionale.

¹⁰⁰ A.M. Sandulli, *Stati emotivi e passionali*, in *Giur. pen.* 1934, p. 568; M. Vannini, *ancora degli stati emotivi e passionali*, in *Riv. dir. penit.* 1938, p. 319.

¹⁰¹ Cass., sez. V, 5 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 1565.

La psichiatria moderna ha finito per accogliere anche questi stati patologici occasionali tra quelli tipici della non punibilità.

In poche parole gli stati emotivi e passionali, nonostante i vari sforzi profusi in campo scientifico, risultano ancora un'incognita che deve risolvere di volta in volta la giurisprudenza.

2.2. Alterazioni emotive nel sistema penale: reati emotivamente connotati

La modificazione degli stati emotivi influenzano i criteri di responsabilità penale, il quale, di concerto con quello della causalità giuridica, rappresentano il banco di prova di una prolifica dialettica, tra conoscenze diverse, quella giuridica e quella tecnica, per la complessità delle questioni e la difficoltà degli accertamenti, in particolare, ai fini, nel caso di infermità mentale, incapacità parziale o totale di intendere o volere di cui agli artt. 88 e 89 c.p. e di pericolosità sociale.

Dell'affidabilità scientifica di accertamenti di tal genere si potrebbe infatti dubitare, nonostante l'avvento delle neuroscienze, per la presenza di biases che possono segnare il lavoro peritale¹⁰², e dunque contaminare la prova scientifica anche in tema di imputabilità e di pericolosità sociale, ambiti nei quali si tratta di organizzare, coordinare, portare ad unità logica e convincente informazioni complesse.

A tal fine, come rileva la dottrina specialistica, è di fondamentale importanza che gli scienziati forensi e i giudici si possano avvalere di metodi di ragionamento formali, in quanto importante gestire in modo ottimale la correlazione tra diverse osservazioni, legami di dipendenza tra queste e la loro comprensione. La concentrazione della propria attenzione sulle evidenze singole, come l'evidenza neuroscientifica, nel caso di specie, e sulla loro valutazione, non tenendo in considerazione il contesto da cui queste evidenze provengono, costituisce inaccettabile compressione che, promuove la formulazione di conclusioni errate come molte volte viene messa in evidenza dalla letteratura scientifica¹⁰³. È importante focalizzare la propria attenzione sulla valutazione congiunta delle evidenze o degli elementi di prova¹⁰⁴.

Nei casi propri dei reati connotati emotivamente la presenza di fallacie o biases cognitivi¹⁰⁵ non facilita queste valutazioni, anche quando a farle sono psichiatri forensi esperti di disturbi mentali. Come ha ormai evidenziato la ricerca in proposito, anche se gli esperti sanno dell'esistenza di queste fallacie, essi non sanno riconoscerle

¹⁰² Più conosciuti e studiati sono quelli che possono inficiare il processo decisionale del giudice, cfr., nella letteratura italiana più recente, R. Rumiati - C. Bona, *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna, 2019, passim; P. Catellani, *Prevedibilità, nessi causali e attribuzione di responsabilità: le inconse difficoltà del giudicare con "il senno di poi"*, in S. Azzali - U. Morero - G. Rojas Elgueta, *Errori cognitivi e arbitrato*, Bologna, 2018, 227 ss.; G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, Milano, 2018, passim e ivi la bibliografia; A. Forza - G. Menegon - R. Rumiati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

¹⁰³ F. Taroni e altri, prova genetica, del DNA e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici di prova, in *Diritto Penale Cont.- Riv. Trimestrale*, 2018, 11, pag. 81.

¹⁰⁴ Ibidem: "La letteratura giuridica sottolinea ugualmente l'attuale incapacità delle scienze forensi di rispondere a domande fondamentali, una delle quali riguarda la valutazione congiunta degli elementi di prova".

¹⁰⁵ Per una recente ed esaustiva indagine su tali biases, termine tradotto con il sintagma "illusioni cognitive", si rinvia a G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, op. cit., p. 30 ss.

e non comprendono la necessità di difendersi dalle medesime; lacune alle quali solo una formazione specifica potrebbe porre rimedio.

Sembra, che di quest'ultima avrebbero bisogno soprattutto gli esperti forensi con più esperienza, poiché sarebbero più restii a riconoscere la presenza di questi biases nella loro attività e in quella dei colleghi¹⁰⁶. E ciò, nonostante anche il parere esperto, come qualsiasi altro processo decisionale, si caratterizzi per due profili fondamentali: quello della fallibilità o biasability e quello di segno contrario della affidabilità o reliability.

Con il primo si intende fare riferimento ai potenziali effetti distorsivi che le informazioni irrilevanti e altri biases possono avere sulla decisione finale; con il secondo invece si rinvia a quelle caratteristiche positive che ogni parere esperto dovrebbe possedere, e cioè consistenza, riproducibilità o ripetibilità dei risultati, a prescindere da eventuali biases o errori¹⁰⁷.

Anche gli esperti possono cadere in errore nel valutare le alterazioni emotive del reo, seguendo il modello piramidale elaborato da una parte della dottrina¹⁰⁸, questi errori o fallacie possono essere divisi in due categorie, quelli da ricondurre alle caratteristiche innate dell'essere umano, raffigurati alla base della piramide e quelli derivanti dai processi di crescita e apprendimento, come l'educazione, la cultura, l'esperienza, localizzati ai piani più alti della piramide.

Fra le fallacie da ricondurre alla prima categoria in grado di minare l'obiettività del parere esperto vi sono: quelle derivanti dalla architettura cognitiva dell'uomo e dalla struttura stessa del nostro cervello, come la fallacia di selezionare le informazioni alla luce di ciò che già conosciamo secondo un meccanismo automatico e inconscio¹⁰⁹, ma soggetto alla distorsione di essere influenzato delle prime informazione che vengono fornite all'esperto e acquisite, c.d. anchoring bias; o quella di sovrastimare la probabilità di un accadimento o di una circostanza, quando con facilità si richiamano alla mente esempi simili, c.d. availability bias; ancora, quella, per un'inclinazione naturale, di giungere affrettatamente alle conclusioni che confermano ciò che vogliamo, crediamo o accettiamo come vero, c.d. confirmation bias (riscontrato soprattutto nelle analisi sulle impronte digitali¹¹⁰).

Alla seconda categoria, relativa alle fallacie dipendenti dall'ambiente, dalla cultura di appartenenza e dall'esperienza, e che influenzano la fedeltà al gruppo, alle ideologie, alle teorie o discipline, alle metodologie, sono da annoverare quelle di tipo motivazionale, nella misura in cui le motivazioni personali condizionano l'esperto nella raccolta, selezione e nella interpretazione delle informazioni (rilevanti o irrilevanti); quelle derivanti dal modo in cui colui che investiga vede sé stesso e si identifica con gli altri, e fra queste la tendenza a giungere alla conclusione più vicina, più in armonia con la parte che si rappresenta, come è dato registrare

¹⁰⁶ Cfr. P. A. Zapf e altri, *Cognitive bias in forensic mental health assessment: Evaluator beliefs about its nature and scope in Psychology*, in *Public Policy, and Law*, 2018, 24, p. 1 ss.

¹⁰⁷ Cfr. I. E. Dror, D. C. Murrie, *A Hierarchy of Expert Performance Applied to Forensic Psychological Assessments*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, 2017, 24, p. 11 ss.

¹⁰⁸ P. A. Zapf, I. E. Dror, *Understanding and Mitigating Bias in forensic Evaluation: Lesson from forensic Science*, in *Internat. J. Forensic Mental Health*, 2017, 16, p. 227 ss.

¹⁰⁹ Ibidem (c.d. top-down process).

¹¹⁰ Cfr. G. Gulotta, *Innocenza e colpevolezza sul banco degli imputati*, 2018, p. 160 ss.

in particolare nei confronti degli esperti dell'accusa, che risultano fra i più proclivi ad assegnare coefficienti di psicopatologia e di rischio di recidiva. Sempre a proposito delle prognosi di ricaduta nel reato, condizionate dai fattori culturali e dai sistemi di comunicazione e di organizzazione, dai quali dipende il livello di accuratezza della relazione, sono le scelte sulle metodologie da utilizzare.

Si tratta di scelte influenti, poiché dalla tipologia di metodo applicato dipende la maggiore o minore accuratezza predittiva della prognosi.

Sarebbe così emerso che metodi altamente strutturati, con regole decisionali esplicite e con poco spazio per la discrezionalità, come lo sono ad esempio quelli attuariali, presentano un tasso di errore inferiore a quello dei metodi non strutturati, come nel modello clinico.

I primi sarebbero perciò più affidabili, poiché restringono le possibilità di biases, limitando la discrezionalità dell'esperto¹¹¹.

Nei piani alti della piramide, si colloca anche il gruppo di fattori relativi al modo in cui l'esperto forense produce conoscenza, trae cioè inferenze e giunge a conclusioni. Essi rinviano alla questione di fondo della base scientifica del parere specialistico.

Si è visto, infatti, che nei reati c.d. emotivi la valutazione degli esperti rappresenta un cardine, sia in termini di logica processuale sia per colmare eventuali rappresentazioni della realtà non rispondenti all'effettivo stato emotivo del reo.

In altre parole, se il giudizio di non imputabilità si fonda su ricerche sistematiche e scientificamente affidabili e su metodi e procedure validate, corroborate o al contrario se poggia su ricerche e su osservazioni del tutto individuali su metodologie personali, non sperimentate a livello della comunità scientifica di appartenenza; con la conseguenza, in quest'ultima ipotesi, di inferenze e di conclusioni del tutto erronee.

Emblematiche in proposito sono le valutazioni di alto rischio di ricaduta nel reato dei soggetti psicopatici, in quanto erroneamente considerati irrecuperabili dalla psichiatria forense che si affida esclusivamente alla dottrina specialistica che ignora, più o meno consapevolmente, gli studi più recenti. Questi studi, individuando e distinguendo diversi gradi di psicopatologia e diversi modelli di intervento, sono giunti alla conclusione della inaccettabilità della tesi ampiamente diffusa della intrattabilità dei delinquenti psicopatici¹¹².

Con riferimento specifico, poi, alle prove neuroscientifiche, la dottrina¹¹³ ha messo in evidenza il rischio di trarre superficiali conclusioni sui processi cognitivi inferendole in maniera diretta dalla "istantanea", ottenuta con le tecniche di neuroimmagine, di patologie strutturali e/o funzionali di una specifica regione cerebrale.

¹¹¹ Come ai fini delle valutazioni scientifiche sarebbero migliori i processi di indagine che utilizzano un linguaggio che si avvale di definizioni specifiche e chiare. L'uso di un simile linguaggio aumenta le possibilità di scoprire e di prevenire gli errori e ciò è importante per avere discipline scientificamente sempre più affidabili, cfr., P. A. Zapf, I. E. Dror, *Understanding and Mitigating Bias in Forensic Evaluation*, 2017, p. 231 ss.; D. Reeves et al., *Limitations of Brain Imaging in Forensic Psychiatry*, in *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2003, pp. 31, 89 ss.

¹¹² Cfr. M. De Juan Espinosa, *Psicopatología antisocial y neuropsicología*, in E. Demetrio Crespo - M. Maroto Calatayud, *Neurociencias y derecho penal*, Madrid, 2013, p. 575 ss.

¹¹³ Cfr., ad es., R. A. Poldrack, *Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?* in *Trends in Cognitive Sciences*, 2006, 10, p. 59 ss. Cfr., in senso parzialmente difforme, F. Hutzler, *Reverse inference is not a fallacy per se: cognitive processes can be inferred from functional imaging data*, in *Neuroimage*, 2014, 84, p. 1061 ss.

È il modello euristico della c.d. inferenza inversa, che, se per un verso può risultare utile per la diagnosi, per altro verso rappresenta una fallacia che può essere fonte di pericolose distorsioni peritali, quando la procedura di inferenza è viziata dalla distorsione fondamentale di attribuire alla immagine cerebrale in sé la capacità di dimostrare la patologia mentale e, in ragione della zona cerebrale coinvolta, anche la funzione cognitiva compromessa.

Come più volte affermato dalla Suprema Corte¹¹⁴ le “tempeste emotive” riflettono sulla rilevanza giudiziaria se l'imputato si trova in una situazione psicologica che lo specialista neuroscienziato ritiene connessa alla capacità d'intendere e volere dell'imputato.

Lo stato emotivo, quindi, può influire sulla misura della responsabilità penale è quindi sulla concessione delle attenuanti generiche.

Il problema della traslazione sul singolo caso in base ai risultati ottenuti dagli studi sperimentali, condotti su specifici e selezionati gruppi di individui, rimane ancora irrisolto, nonostante i progressi in ambito neuroscientifico, soprattutto quando si tratta di studi sulla correlazione fra polimorfismo genetico e predisposizione a tenere condotte violente.

Nella sua opera sull'imputabilità¹¹⁵ un giurista Calabrese di nome Bernardino Alimena affronta il problema della rilevanza degli stati emotivi e passionali come scusanti.

Il giurista, dopo aver affrontato il rilievo delle emozioni nell'ambito filosofica lo affronta dal punto di vista giuridico, non spiegandosi come mai il diritto penale prende in considerazione solamente alcuni reati emotivi, trascurandone altri.

Secondo Alimena per risolvere il dilemma di quanto le emozioni abbiano rilievo nell'ambito penale, bisogna partire da un approccio psicologico, vale adire considerare che tutte le emozioni e passioni influiscono sulla mente, ma solo alcune possono avere rilevanza in termini d'imputabilità e cioè quelle che muovono da una causa giusta.

Alimena, pertanto, richiama il concetto di causa sociale che come vedremo più avanti viene elaborato da Bentham, evidenziando che solo così si può evitare di non punire chi muove la commissione di un reato da una passione ingiusta.

¹¹⁴ Per ultimo Cass. Sez. 1, 21 02 1019 n. 28.

¹¹⁵ B. Alimena, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Fratelli Bocca, Torino, 1984-1899, vol. I-III

2.3. Le “tempeste emotive” nella giurisprudenza

- **Tempesta emotiva come circostanze del reato: attenuanti e aggravanti**

1. **Cass. pen. Sez. V, Sent., (ud. 08/03/2021) 14/04/2021, n. 14009:**

il sentimento di gelosia, pur non potendo incidere sulla capacità di intendere e di volere ed essendo compatibile con l'aggravante dei futili motivi¹¹⁶, aveva determinato nel reo, già provato da infelici esperienze di vita, una “soverchiante tempesta emotiva e passionale” che poteva essere valutata ai fini di cui all'art. 62-bis c.p.

Infatti, l'impulso che ha spinto il reo al delitto è strettamente legato alle sue vicissitudini esistenziali e alla incapacità dello stesso di affrontare situazioni di grande frustrazione, così come affermato dai periti.

Nella relazione medica redatta a seguito del ricovero si affermava che il reo non disponeva di adeguate risorse per far fronte ai problemi che lo riguardavano a livello clinico.

Il giudice si trova dunque ad operare in una situazione biunivoca: da un lato vi è l'apparente presa di coscienza del reo circa la gravità del reato commesso, dall'altro, vi è la consapevolezza del giudicante dello stato psicologico del reo che risulta in grado di intendere e volere, anche se al momento del fatto criminoso era ubriaco e pertanto, la realtà da lui percepita era alterata. In questo contesto si innestano le aggravanti generiche dei “futili motivi” che comunque non incidono sulla imputabilità del reo.

2. **Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 13/02/2020) 06/05/2020, n. 13732:**

il ricorrente ha denunciato “violazione di legge, ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e), per erronea applicazione dell'art. 89 c.p. in base al fatto che non è stata attribuita la circostanza correlabile ad una diminuzione della pena in relazione al vizio parziale di mente, per avere agito l'imputato al momento, del fatto, in stato di capacità di intendere e di volere scemata, nonché motivazione illogica e contraddittoria” e, altresì, “violazione di legge, ex art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b) ed e) per erronea applicazione dell'art. 603 c.p.p., in ordine al mancato espletamento, mediante rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, della perizia collegiale di ufficio in ordine alla sussistenza o meno di un vizio parziale di mente.

Ciò in ragione dell'insanabile contrasto tra i pronunciamenti del perito, incaricato dal GIP in primo grado, e le valutazioni, conformi, espresse dal CT di parte (pubblica, n.d.r.), e i periti della Corte di Assise di Napoli che ebbero a riconoscere tale vizio nella persona dell'imputato; motivazione illogica e contraddittoria sul punto.

¹¹⁶ La circostanza aggravante dei futili motivi sussiste ove la determinazione criminosa sia stata indotta da uno stimolo esterno di tale levità, banalità e sproporzione, rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa.

Circa l'accertamento della capacità di intendere e di volere dell'imputato in particolare, il perito, posto di fronte alla evidenza clinica costituita, oltre che dalle perizie di vent'anni orsono, soprattutto dalle relazioni delle strutture carcerarie che riferivano di idee persecutorie caratterizzate da chiare percezioni della realtà, ha fornito una spiegazione non convincente della ragione per la quale non ha dato rilievo a tali sintomi, finendo persino per negare la validità scientifica delle perizie di ufficio che vent'anni prima avevano diagnosticato un disturbo di personalità nei confronti dell'imputato.

La moglie dell'imputato aveva riferito delle condizioni psico-patologiche del marito, raccontando di averlo spesso accompagnato presso centri di salute mentale; a tali specifiche doglianze la sentenza della Corte non ha fornito alcuna risposta a eccezione di una generica adesione alle conclusioni del perito che ha ritenuto di riesaminare.

Ha aggiunto il ricorrente che la motivazione della sentenza secondo cui il giorno prima l'imputato si sarebbe determinato a commettere il delitto non appare esaustiva a confermare la ricorrenza della premeditazione dal momento che, appare evidente, manchino gli estremi dell'aggravante in parola, sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo.

Il vizio parziale di mente era stato riconosciuto al ricorrente in considerazione "di personalità primitiva e instabile, aggressività repressa non sempre controllata, depressione acuta di fondo, assenza di grossolana patologia mentale".

Dopo i fatti del primo processo l'imputato non aveva mai manifestato sintomi di rilevanza psicotica, l'imputato è soggetto ben orientato nel tempo e nello spazio, con mimica facciale sintona ai contenuti del discorso e molto espressiva, con contatto con la realtà adeguato e armonico.

Lo stesso, in riferimento alle capacità ideative, non presenta alterazioni della logica interna, fenomeni dissociativi, fenomeni deliranti o deliroidi, le idee persecutorie esposte e limitate ai suoi rapporti con la persona offesa sono attribuibili a "un tentativo di difesa extra tensivo per trasferire vissuti di colpa e/o a un tentativo semplicistico di difendersi sul piano giudiziario per attenuare le conseguenze giuridiche del suo operato".

Il perito non aveva rilevato deficit mnesici, avendo l'imputato evidenziato una peculiare conoscenza di dettagli processuali, attraverso la somministrazione di test di tipo psico-diagnostici era emerso che l'imputato aveva un quoziente intellettivo nella norma mentre, i test suddetti avevano smentito la diagnosi di schizofrenia elaborata dal consulente di parte, non essendo emerse in alcun modo forme di destrutturazione e disorganizzazione della personalità.

Perciò, "tenuto conto della precisione del perito nella raccolta dei dati anamnestici, della linearità del percorso argomentativo e della congruità delle sue conclusioni", la Corte di appello di Napoli è giunta alla logica conclusione che l'imputato non era affetto dal vizio parziale di mente al momento in cui ha commesso i reati di cui è stato accusato.

Nel caso concreto sussistono tutti gli elementi che rendono la circostanza in esame aggravante, elementi che attestano che vi è stato un determinato intervallo non trascurabile tra l'insorgenza del

proposito criminoso e l'attuazione dello stesso, un arco di tempo che ha permesso al soggetto di riflettere sulle proprie intenzioni ponderandole e valutandole con possibilità di recesso (elemento di natura conologica) e il perdurare, senza soluzione di continuità nell'animo dell'agente, di una ferma risoluzione commettere un reato a che lo stesso non è stato effettivamente perpetrato (elemento di natura ideologica)"¹¹⁷.

Appare condivisibile quanto sostenuto dalla Corte in merito ad "una società evoluta ognuno è chiamato a rispettare le scelte altrui e non possono invocarsi tempeste emotive ovvero presunti torti sentimentali per giustificare condotte estremamente violente e sintomatiche di una concezione padronale delle relazioni tra uomo e donna".

Così che, per i detti giudici era corretta la decisione presa dal Giudice dell'udienza preliminare che aveva negato all'imputato il beneficio dell'art. 62 bis c.p., valorizzando, ai fini del diniego, la particolare aggressività dell'imputato nei confronti della moglie, la circostanza che questi non si era costituito nell'immediatezza, il fatto che l'imputato pur avendo ammesso di avere sparato alle due persone offese, lo aveva fatto sempre in un'ottica difensiva, sottolineando di essere stato aggredito dalla moglie e dal suo compagno, nonché l'ulteriore circostanza che lo stesso non aveva mostrato alcun segno di ravvedimento.

È opportuno osservare che, in base a quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte, è sufficiente che il giudice di merito, al fine di concedere o negare eventuali attenuanti generiche prenda in esame l'elemento, tra quelli indicati dall'art.133 c.p. che dal suo punto di vista risulta essere prevalente affinché la concessione del beneficio possa essere consigliata o meno; per negare o concedere le medesime attenuanti è sufficiente un solo elemento conferme alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità con cui questo è stato eseguito.

3. Cass. pen., Sez. I, Sent., (data ud. 19/09/2018) 26/02/2019, n. 8502:

"nel cosiddetto "dolo d'impeto", distinto da quello "di proposito", e si ritiene che "il delitto" sia frutto di programmazione [...] e non tragga origine da un impulso immediato, estemporaneo e completamente estraneo alla riflessione volitiva".

Secondo la Corte il reo era lucido e non preso da impulso irrefrenabile. La tempesta emotiva non può quindi essere configurata poiché, nel caso di specie, non sussiste alcuna esimente totale della capacità di intendere e volere.

Quanto alla circostanza attenuante della provocazione questa è stata esclusa perché già coerentemente ritenuta non sussistente in sede d'appello.

¹¹⁷ Sez. U, Sentenza n. 337 del 18 dicembre 2008, dep. 9 gennaio 2009, Rv. 241575.

- **“Tempesta emotiva”: imputabilità nelle lesioni, per omicidio e infanticidio**

1. **Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 06/12/2017) 16/04/2018, n. 16885:**

nella sentenza la Corte esprime “l’assenza di un delirio organico inteso quale sistematica interpretazione distorta della realtà, la presenza di un’immaturità affettiva, di una forte componente emotiva e del discontrollo degli impulsi, qualificati come disturbo di personalità borderline, caratterizzato da incapacità di tollerare le frustrazioni e notevole impulsività”.

Oltre a ciò, la stessa Corte ritiene che le condotte persecutorie assunte dal reo non possano ritenersi attenuante dall’intensità “della componente psicologica [e dalla] gravità complessiva della vicenda”
Pertanto, la Corte ha escluso la sostenuta incapacità di intendere e volere del reo ed ha, invece, ribadito la colpevolezza, escludendo ogni giustificazione dell’atto omicidiario riferibile alla tempesta emotiva che, di fatto, non è risultata adeguatamente provata.

2. **Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 06/07/2017) 05/02/2018, n. 5303:**

“il perito [ci si riferisce al perito della causa di primo grado] aveva riferito che costui [ci si riferisce all’imputato] presentava un disturbo di personalità connotato da egocentrismo, tendenza manipolativa, impulsività e scarsa capacità di individuare i sentimenti altrui: ma tutto ciò non aveva determinato alterazioni della comprensione della realtà, tanto da avere agito lucidamente”.

La Corte, confutando quanto sostenuto dal perito di primo grado, ritenne che, erroneamente, non fosse stato sufficientemente affrontato “il problema della definizione del vizio di mente, del metodo scientifico utilizzato e della congruenza delle valutazioni peritali”¹¹⁸, limitandosi a recepire quelli esposti dal perito.

Infatti “il giudice aveva recepito apoditticamente le valutazioni tratte dal manuale diagnostico statistico dell’Associazione Americana di Psichiatria, attribuendo ad esso il valore di un trattato di psichiatria e non anche quello di un manuale statistico”.

A dire della Corte, “era stata ignorata una relazione di consulenza psicologica redatta nell’Istituto di Pena, da cui risultava una gestione non più corretta degli aspetti emotivi e reazionali [ci si riferisce alla persona del reo]”.

Erano stati trascurati i risultati di prove psicodiagnostiche e dei test somministrati al ricorrente. Vi era stata anche una sottovalutazione della “tempesta emozionale” generata dalla incapacità di accettare la frustrazione del rifiuto e di tollerare la sconfitta.

Il reo sarebbe stato preso da uno “spostamento della carica aggressiva dal proposito suicida all’azione omicida”.

¹¹⁸ Consideriamo che il Giudice di primo grado sostenne che “si era trattato di un omicidio premeditato per ragione abietta e approfittando di una minorata difesa [orario notturno, luogo isolato, ottundimento della vittima con sostanze alcoliche]”. L’imputato aveva utilizzato consciamente una “arma bianca” occultando poi il cadavere.

Lo stato psicologico del reo fu ritenuto non assimilabile all'ipotesi di non imputabilità in quanto le turbe di personalità sopradescritte non erano da considerarsi tanto gravi da stabilire che la situazione psicologica del soggetto fosse incontrollabile a tal punto da rendere lo stesso incapace di autoregolare la propria condotta, o, attribuire alla stessa un certo disvalore.

Per le ragioni sopra esposte, lo stato mentale del reo non risulta in grado di incidere negativamente sulla imputabilità. Vanno escluse quindi le cause esimenti la responsabilità penale.

- **“Tempesta emotiva”: giudizio abbreviato e libertà individuale**

1. **Cass. pen., Sez. V, Sent., (data ud. 15/12/2020) 20/04/2021, n. 14862:**

la sentenza in analisi ha posto in evidenza la questione del rapporto tra condotta del reo ed evento criminoso, infatti un comportamento ambiguo può dar origine ad uno scompenso emotivo, che in teoria, avrebbe dovuto essere ponderato nel momento della determinazione della pena.

La fattispecie in questione vede a carico dell'imputato in primo grado una mancata riunione dei due processi. Una questione di questo tipo deve ritenersi superata considerando il fatto che tali processi, in seguito sono stati riuniti ex art. 17 c.p.p., in appello e decisi con la sentenza impugnata, senza che l'imputato sia stato oggetto di pregiudizi.

Ciò permette di considerare che la Corte non ha ritenuto sussistere nessuna violazione e duplicazione del divieto del “ne bis in idem”, un divieto che nello specifico non è ravvisabile nella fattispecie in esame.

Il reato di stalking¹¹⁹ e quello di lesioni, non condividono, limitatamente a condotta o evento, nessuna identità, tenendo conto soprattutto del fatto che più volte la Corte ha messo in evidenza il fatto che il delitto associato alle lesioni ed il delitto di atti persecutori possono concorrere, poiché presentano un bene giuridico oggetto della protezione ben diverso.

Se, oltre alle condotte descritte in fase di imputazione, vi dovessero essere ulteriori condotte persecutorie, dette condotte devono costituire oggetto di contestazione specifica, sia nel momento in cui vengono utilizzate per integrare l'imputazione originaria, sia nel momento in cui vadano a rappresentare delle condotte persecutorie autonome, che grazie però all'operare del “vincolo di continuazione”.

Per le ragioni sopra esposte la Corte ha ritenuto condannabile il soggetto imputato che deve considerarsi responsabile di tutti i reati a lui contestati.

¹¹⁹ Reato abituale a condotta plurima, che si consuma con uno degli eventi indicati nell'art. 612 bis c.p.

- **La “Tempesta emotiva”: nelle lesioni personali e percosse**

1. **Cass. pen., Sez. V, Sent., (data ud. 08/07/2019) 13/02/2020, n. 5716:**

Nel caso in cui venga confermata la decisione assolutoria di primo grado, senza che venga rinnovata la prova dichiarativa ritenuta dal pubblico ministero che si sta appellando, come una prova decisiva e pertanto che deve essere soggetta ad un’ulteriore e diversa valutazione, non si configura la violazione dell’art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., che riguarda la sola ipotesi di ribaltamento “in peius” della decisione assolutoria; né può essere dedotta con il ricorso in cassazione una doglianza sui profili contenutistici della prova dichiarativa poiché questa, avendo ad oggetto un vizio della motivazione, risulta preclusa ai sensi dell’art. 608, comma 1-bis cod. proc. pen. Il vizio di motivazione e la violazione della legge, per quanto riguarda il fatto che non venga concessa un’attenuante della provocazione; L’istanza di concessione attenuante in questione è stata rigettata dalla Corte territoriale in base a delle motivazioni ritenibili illogiche, poiché non viene preso in considerazione il fatto che il comportamento non lineare e non limpido ha promosso uno scompensamento emotivo (rectius “tempesta emotiva”) che avrebbe dovuto essere preso in considerazione nel momento in cui si è andati a stabilire la pena da attribuire al reo. Per poter configurare l’attenuante della provocazione sono necessari: a) lo “stato d’ira”, uno stato caratterizzato da un’alterazione emotiva che potrebbe protrarsi nel tempo e pertanto non essere immediata se messa in relazione con il “fatto ingiusto altrui”; b) il “fatto ingiusto altrui”, che deve essere caratterizzato dalla tipologia della ingiustizia obiettiva, da interpretarsi come una opposizione effettiva alle regole morali, giuridiche e sociali, ritenute tali in un contesto che fa riferimento ad una specifica collettività in un dato momento storico e che non fa riferimento alla sensibilità personale dell’imputato ed alle sue convinzioni; c) un rapporto di causalità psicologica e non un rapporto di mera occasionalità tra l’offesa e la reazione che ne consegue, a prescindere dalla relazione e dalla proporzionalità tra le stesse, ammesso ovviamente che sia possibile riscontrare una qualche corrispondenza tra l’una e l’altra condotta.

- **2. Cass. pen. Sez. I, Sent., (ud. 06/12/2017) 16/04/2018, n. 16885**

L’imputata veniva accusata di avere serbato, allorché maestra di prima elementare, comportamenti astrattamente apprezzabili alla stregua di maltrattamenti (art.572 c.p.), e pertanto di aver abusato dei mezzi di correzione a sua disposizione (art.571 c.p.).

Le condotte poste in essere dalla maestra nei confronti del minore (vera ed unica persona offesa del processo) sono state, quanto meno in gran parte tra quelle evocate nel puntualissimo e precisissimo capo di imputazione, condotte in astratto certamente meritevoli di rimprovero penale ex art. 572 c.p., in quanto condotte che nulla avevano a che fare con intenti educativi e pedagogici, ed anzi condotte che si sono basate sull’inevitabile squilibrio dei rapporti di forza tra i due soggetti de quibus, e cioè la imputata ed appunto il minore, con dolore; umiliazione e mortificazione di quest’ultimo.

Il Giudice ha ritenuto di dover mandare la giudicabile assoluta, tali comportamenti, di certo sbagliati; errati; incredibilmente inopportuni, sono stati, per quanto emerso, posti in essere non già “per far del male” alla persona offesa; per angariarlo e/o per sottoporlo ad inutili sofferenze quanto, piuttosto, per la assoluta incapacità, da parte della giudicabile stessa, di far fronte e di gestire un rapporto, quello con il bambino, caratterizzato da una particolarissima conflittualità. Tali comportamenti sono stati “semplicemente” sbagliati, a tal punto da far capire, paradossalmente, che dietro gli stessi non vi era, come richiesto dalla norma, il dolo, bensì una sia pur non indifferente colpa, intesa come assoluta incapacità, da parte dell’imputata, di far fronte ad una situazione comunque molto difficile.

Il minore soffriva di un disturbo chiamato ADHD, disturbo della concentrazione con iperattività e ferma oppositività rispetto agli altri. Il minore, a causa dei suoi comportamenti, divenne un “campo di battaglia” sul quale è stato disputato uno scontro molto più grande di lui, con la piccola differenza, tuttavia, che tra tutte le Parti contendenti egli era, e rimaneva, l’anello più debole, e dunque quello sul quale ogni tipo di tempesta si è scaricata.

Nel bambino è stato creato un “terremoto” emotivo che ancora adesso, a distanza di anni (l’esame innanzi al sottoscritto Giudice è stato condotto a cinque anni scarsi di distanza dalla fine della prima elementare), sarebbe in grado di provocare sentimenti e sensazioni dolorosi, tanto appunto da determinare una sorta di crollo durante l’esame in questione.

Ritornando agli aspetti normativi, il soggetto agente di un reato come quello ex art. 572 c.p. non si espone in questa maniera; non “esibisce” il proprio elemento psicologico in questo modo. È la paradossalità dell’evento; la “manifesta incongruenza” dello stesso a comportare quanto meno un rilevante dubbio in punto elemento soggettivo.

L’intervento, sempre ribadito, fin dall’inizio mette davvero in crisi l’elemento soggettivo doloso da un lato perché, appunto, non si è mai visto che qualcuno maltratti qualcun altro chiedendo consiglio ad un esperto su come fare. Se l’imputata avesse voluto davvero maltrattare il minore non si sarebbe rivolta a nessuno ed avrebbe avuto tutto il tempo ed il modo di proseguire in tale, ipotetica, scellerata condotta. Il fallimento delle metodologie didattiche ai fini educativi è da considerarsi un errore, per quanto macroscopico ed ai limiti della verosimiglianza, rimane appunto un errore, e non diventa, sol perché talvolta di difficile lettura, un delitto.

Dubita il Giudice che si faccia un buon servizio ad una classe nel creare o nel fomentare situazioni di contrasto tra gli alunni, ed anzi il ruolo del Maestro dovrebbe essere esattamente il contrario, e cioè quello di fungere da momento di mediazione e, ove possibile, di riconciliazione tra le parti.

La regola del “divide et impera” ha di sicuro corso in comunità che non hanno a mente il miglioramento delle condizioni di coloro cui a detta comunità appartengono, e ci si rifiuta di pensare che una scuola possa avere un fine ed obiettivo diverso rispetto a quello, appunto, della crescita organica e, ove possibile, serena degli alunni/studenti.

È pacifico, ed è argomento sul quale la difesa, anche giustamente, ha battuto fino allo sfinimento che la maestra avesse la responsabilità, sotto ogni punto di vista, non solo del minore oggetto di vessazioni, ma anche di tutti, nessuno escluso, alla sua attenzione affidati.

Altrettanto ovvio, ancora, che ferma restando la comprensione umana per i problemi dello stesso minore, non sia neppure da mettere in discussione il fatto che gli altri bambini avevano il pieno diritto di frequentare quella che anche per loro era la prima elementare in tranquillità; senza paura di atteggiamenti violenti, ed in ogni caso senza che alcuno usasse, nei loro riguardi, e per qualsiasi motivo, aggressività o intolleranza.

Indiscutibile, e financo doveroso, pertanto, che la già menzionata docente avesse paura che in occasione delle crisi del minore qualche altro bambino si facesse male, atteso che tale eventuale infortunio non solo, come ovvio e naturale, sarebbe stato intuitivamente spiacevolissimo per tutti, ma del pari avrebbe comportato, nei di lei confronti, responsabilità di non poco conto.

È ugualmente chiaro e pacifico che laddove il minore avesse, in qualsiasi momento e/o circostanza, agito con violenza e/o aggressività nei confronti di un suo compagno, preciso dovere della maestra fosse non solo quello, ovviamente, di sincerarsi delle condizioni di detto bambino, ma anche, al tempo stesso, quello di avvisare la famiglia in merito a quanto avvenuto, il tutto, naturalmente, senza “omertà”, ma anzi chiarendo bene le cose al fine di consentire un’agevole ricostruzione di quanto accaduto.

Si arriverebbe, al massimo, ad una sorta di dolo eventuale (accettazione del rischio che così facendo si sarebbe ottenuto che), e cioè ad un dolo che non può reggere da solo il delitto di cui all’art. 572 c.p., reato che richiede non già un dolo intenzionale come, ad esempio, l’art. 323 c.p., ma che pur sempre necessita, ci si perdoni la imprecisione della terminologia, ma giusto per farsi capire, di un dolo molto “forte”; diretto; inequivoco, e non già, appunto, “a lunga gittata” come quello eventuale.

Insomma, anche in questo caso si ritorna, inesorabilmente, al punto di partenza, e cioè ad un comportamento assolutamente sbagliato in assoluto e soprattutto in relazione al particolarissimo contesto nel quale esso è stato tenuto, ma comportamento segno di grave e stupefacente colpa, ma non già di dolo.

Il significato che assume, nel comportamento sociale dell’uomo, la distanza che un individuo interpone tra sé stesso e gli altri e tra sé stesso e gli oggetti che lo circondano è uno degli oggetti di studio della dottrina. Nello specifico si va a studiare e ad analizzare il valore, che il modo di porsi in un determinato contesto o ambiente ed il modo di organizzare lo stesso ambiente, viene attribuito dai diversi gruppi sociali che risultano essere caratterizzata da una storia e da una cultura propri.

Questa scienza si chiama “prossemica”, ed è scienza non di rado utilizzata, appunto, per cercare di interpretare, al di là della superficie e della prima sensazione, l’atteggiamento che un soggetto attua rispetto ad una persona ovvero ad una situazione.

Nel corso della istruttoria, per vero, plurimi sono stati gli accenni di svariati testimoni volti a dimostrare come la D.M. avesse, non di rado, atteggiamenti “materni”, o comunque affettuosi, nei confronti del bambino, e questo, ovviamente, al fine di tratteggiare, appunto, un atteggiamento psicologico di per sé non in linea con quell’animus che per forza di cose generalmente alberga nel soggetto agente della condotta di cui all’art. 572 c.p.

Naturalmente non ha in alcun motivo il Giudice di dubitare della attendibilità di siffatte dichiarazioni, ma, sinceramente, si preferisce utilizzare questa immagine per avere a mente il complessissimo rapporto che ha legato la odierna imputata al minore, rapporto al tempo stesso del tutto negativo, ma profondamente intenso, e tale, di conseguenza, da rendere molto difficile la individuazione del più e più volte evocato dolo.

Da qui, di conseguenza, sia pure ex art.530 II comma c.p.p., la assoluzione dell’imputata in ordine al reato ascrittale, qualificato ex art. 572 c.p., perché il fatto non costituisce reato

2.4. Le alterazioni emotive ed il libero arbitrio

Dalle scoperte fatte dalle neuroscienze è emerso che i processi cognitivi, logici e decisionali, giacciono sotto l’influenza relativa della sfera emotiva, che gioca in tal senso un ruolo rilevante, ribadendo in tal senso il ruolo fondamentale del discorso inerente al rapporto esistente tra emozioni e diritto penale.

In particolare, alla luce del fatto che decisioni umane possono essere condizionate dalla sfera emotiva, si mette in crisi il principio posto, da sempre, a fondamento del diritto penale, in base al quale l’uomo è un essere razionale capace di scegliere le azioni da compiere e di valutarne le conseguenze.

Ma, come abbiamo visto, le nostre azioni non sono, sempre frutto di una scelta razionale.

Le nostre azioni sono governate principalmente dalle nostre emozioni, l’emisfero cerebrale è deputato a fornire gli impulsi necessari affinché un dato comportamento possa essere posto in essere dal soggetto.

Ed è proprio in questo contesto che entra in gioco il libero arbitrio: intesa come la libertà di ognuno di poter liberamente operare delle scelte con piena consapevolezza.

E allora ci si chiede che relazione può sussistere tra libero arbitrio e scelte consapevoli? In realtà il libero arbitrio è il presupposto affinché un soggetto riesca a compiere delle scelte consapevoli ed ha quindi effettivamente la possibilità di operare una scelta concreta.

Alcuni autori addirittura ritengono che il libero arbitrio sia solo una piena illusione generata dall’agente che si ritiene libero di potere attivarsi nel compimento di alcune azioni ma in realtà non lo è, perché le stesse scelte da lui operate dipendono da processi neuro psichiatrici che portano l’uomo a compiere quelle date attività.

Al livello di neuroscienze, si è anche sostenuto che ciò che appare come libero arbitrio in realtà potrebbe ben essere rappresentato dall’intervento di un’attività cerebrale che per alcuni millesimi di secondo porta il soggetto a, pensare di fare una scelta libera, quando in realtà ciò non è così perché quella stessa scelta è imposta dall’attività sensoriale ed emozionale.

Nel complesso si può affermare che il dibattito sul tema del libero arbitrio è tutt'ora esistente e diversificato, in quanto vi sono teorie assai divergenti tra di loro e nessuna di questa prevale sull'altra.

E il dibattito diventa ancora più interessante se si raffronta il diritto penale con il concetto in questione; in ambito strettamente penalistico, basti pensare ad Antolisei e alla sua teorizzazione della causalità umana, il dominio dell'uomo sulle azioni è necessario al fine di dimostrare il nesso eziologico nella teoria del reato.

Ma sappiamo bene che tale teorizzazione non ha trovato avallo nella dottrina maggioritaria, è tuttavia pur vero che la stessa pena risulta essere proporzionale al reato commesso sotto l'egida del potere dell'uomo.

L'uomo ha potere sulle sue azioni, sui suoi sentimenti e ciò comporta che un eventuale azione delittuosa debba essere punita perché discende dalla volontà consapevole dell'uomo conscio delle proprie azioni.

Questo equilibrio sembra essere fortemente messo alla prova dalle recenti rilevazioni in ambito neuroscientifico. "Immaginare un diritto penale del tutto chiuso e avulso dalle emozioni significherebbe ipotizzare un diritto, seppur tecnicamente eccellente, estraneo alla vita stessa, artificiale e del tutto lontano dalla realtà. Detto altrimenti, un diritto senza emozioni sarebbe reale quanto può essere un uomo in carne ed ossa rispetto ad una sua riproduzione¹²⁰".

Come già detto tali dibattiti sono ancora aperti, certamente, filosofi teorici del diritto e legislatore, non potranno, ciascuno nel loro campo d'azione, non tener conto delle nuove scoperte. Comunque, per ora, come si è potuto vedere, dall'esame delle sentenze, il rebus delle "tempeste emotive" lo deve risolvere di volta in volta la giurisprudenza.

¹²⁰ E.Musumeci, *Emozioni, crimine, giustizia - Un'indagine storico-giuridica tra ottocento e Novecento*, Franco Angeli, pagg.205 seg.

CAPITOLO III

LA FUNZIONE DELLA PENA NELLE SUE DEFINIZIONI TEORICHE E PROCESSUALI

Introduzione

Dopo aver analizzato nel capitolo precedente, senza la presunzione di essere stato esaustivo, le varie teorie sulle emozioni ed il rapporto tra filosofia, neuroscienze e diritto, nel capitolo che segue si esamina, una delle questioni più dibattute nella storia del diritto penale, riguardante le varie teorie sulla pena e lo scopo attribuita della stessa.

In tale contesto il diritto penale svolge un ruolo fondamentale, per questo motivo nella trattazione che segue si cercherà di focalizzare l'attenzione su alcuni concetti fondamentali come la funzione rieducativa della pena nonché l'influenza che determinate azioni ha sul concetto di reato e sulle diverse tipologie di eventi delittuosi possono essere posti in essere

3.1. Le teorie illuministiche della pena di Beccaria e Foucault

Le teorie illuministiche furono quelle che, meglio di altre, rappresentarono la rinnovata idea dello Stato e dei diritti del cittadino.

Tale rinnovamento si esplicitò anche per opera di Cesare Beccaria, autore nel 1764 del testo "Dei delitti e delle pene", che faceva parte di quella corrente di pensiero che contestava gli abusi della giustizia penale del tempo, gli eccessi del legislatore e l'arbitrio del giudice, ed evidenziava la necessità di proporzionare la pena all'entità del delitto, eliminando sofferenze non strettamente indispensabili come la tortura e la pena di morte¹²¹.

Nel XIX secolo, inoltre, cominciò in Europa a farsi avanti l'idea che la verità fosse una vera costruzione e non una scoperta; questo nuovo modo di pensare metteva da parte le questioni intorno alla volontà di Dio o alla natura umana e prospettava una società mai vista prima.

Mentre alcuni, rimasti fedeli agli ideali illuministici pensavano, ottimisticamente, che la scienza fosse diretta a scoprire la verità, altri pensavano che dalla scienza non si potesse cavare alcuna verità morale, e che il vero obiettivo della scienza fosse la tecnica, e quindi l'esercizio della volontà invece che il puro sapere, il dominio invece che la contemplazione e dunque si fa largo un nuovo modo di concepire il potere e le idee; da questa concezione se ne deduce, pessimisticamente, che la storia del pensiero e della società non è altro che un susseguirsi di metafore sempre più adatte allo scopo.

¹²¹ Beccaria, "Dei delitti e delle pene": tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra e inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi. Perché la pena non sia violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, deve essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata ai delitti, dettata dalle leggi. Montesquie, "Pensieri". In uno Stato le pene saranno moderate, perché ogni pena che non derivi da necessità è tirannica. Condorcet, "I progressi dello spirito umano", Roma – Editori riuniti, 1995 p. 161. L'abrogazione di tutte le leggi penali contro le religioni dissidenti, per l'abrogazione della tortura e dei supplizi barbari; il desiderio di una legislazione penale più mite, di una giurisprudenza che desse all'innocente una completa sicurezza.

Intanto, sotto la spinta della scienza applicata che ha dato vita alla “Rivoluzione industriale”, la società si evolveva cambiando davvero le prospettive del mondo occidentale e quando si è imposta la concezione che il mondo non va capito ma va cambiato, ecco che la metafisica tradizionale andò in crisi, soppiantata dall’unica esigenza che era quella di accrescere le potenzialità della tecnica e con essa l’economia, le cui istanze non postulano la domanda del “che cos’è” ma quella del “a che cosa serve”; la prassi dimentica l’essenza delle cose che non vengono più considerate per il loro puro essere ma per quello che servono e così pure l’uomo, spogliato di un’essenza trascendentale; la società diveniva sempre più complessa, più aperta ma anche con più contraddizioni.

Quando Cesare Beccaria¹²² definì “economisti” coloro che, per sfuggire ai fisiocratici¹²³, ritenevano utile incentivare la “fortezza delle pene” al fine di risollevare una Francia ormai in forte crisi economica, si comprendeva come lo stesso Beccaria concepisse la funzione della pena come il termometro di una civiltà non più basata sulla forza, ma su concezioni armonizzanti che vedevano nel diritto penale quella disciplina tesa a “regolamentare i rapporti tra stato e cittadini [...] le sanzioni erano così tese a difendere il bene generale e la libertà altrui”¹²⁴.

Secondo l’autore, infatti, l’origine delle pene nasce dal desiderio, insito nell’uomo, della pace duratura, in cui la libertà dona stabilità allo Stato, ma anche garanzia di “punizioni proporzionate alle offese”¹²⁵.

In quest’ottica ogni pena deve derivare da un’assoluta necessità di difendere il bene generale e quindi il legislatore deve evitare il conflitto sociale così come ogni magistrato non deve infliggere condanne senza “misurarle con la decretata legge”¹²⁶.

Neanche il sovrano, che rappresenta la società, può giudicare chi ha violato le leggi se viene negata la verità e nascosta la ragione della condanna. Le pene non devono essere severe e crudeli poiché renderebbero schiavi i sudditi. I giudici, secondo Beccaria, non hanno potere interpretativo della legge, perché la libertà nell’interpretazione darebbe risultati diversi e soggettivi, compete al Giudice esaminare i fatti e applicare, alla lettera, ciò che la legge stabilisce¹²⁷.

Per questo Beccaria riteneva essenziale che le leggi fossero scritte con chiarezza, in modo da consentire la comprensione alla moltitudine, la quale risulterà, a suo dire, più incline al rispetto della stessa qualora i crimini previsti siano basati su regole di tolleranza e non su ignoranza e paura del popolo.

Quando i delitti vengono commisurati alla gravità è più facile “che il prezzo da pagare”¹²⁸, sia giustificato da intenzioni che la società ritiene giuste: i delitti, secondo Beccaria, si dividono in tre categorie:

¹²² Cesare Beccaria Bonesana (1738 - 1794), è stato un giurista, filosofo, economista e letterato italiano considerato tra i massimi esponenti dell’illuminismo italiano, figura di spicco della scuola illuministica milanese.

¹²³ La fisiocrazia è una dottrina economica che si affermò in Francia verso la metà del XVIII secolo, principalmente nel triennio 1756 - 1758, in chiara opposizione al mercantilismo e con lo scopo di risollevare le sorti delle scarse finanze francesi.

¹²⁴ C. Beccaria, *On crimes and punishments*, Create Space Independent Publishing Platform, 2009, p. 88.

¹²⁵ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di P. Calamandrei, Le Monnier, Firenze 1950, pp. 164-166.

¹²⁶ G. Tessitore, *Cesare Beccaria l’uomo e il mito: idealizzazione e realtà storica*, ed. Franco Angeli, 2008, p. 17.

¹²⁷ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Milano, 1973, (rist.), Cap. I, VIII.

¹²⁸ Di un “codice” come “stabile monumento del patto sociale” che “giri fra le mani di tutti i cittadini” parla sempre Beccaria, rispettivamente, in ID., *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. V, 21, e Cap. XXXIII, 105.

- quelli che demoliscono la società, essi sono più dannosi perché creano “lesa maestà”;
- quelli che danneggiano solo il cittadino privato e l’onore, essi sono tali da rappresentare un danno relativo e non distruttivo;
- quelli che hanno origine dal compimento di azioni che violano la legge; questi delitti sono i più diffusi e possono essere commessi anche dai giudici che non rispettano la fiducia nella giustizia voluta dal cittadino.

Come possiamo intuire, la visione della pena è strettamente connessa al concetto di onore che fonda le sue basi nella necessità sociale di un mondo giusto, ma, al tempo stesso, capace di discostarsi dalla normale dinamica del vivere in “tranquillità e senza strepiti”, quando vengono a determinarsi “bagordi che eccitano gli animi che spesso sfuggono dal controllo del giudice che punisce ricorrendo all’arbitrio e non alla legge”¹²⁹.

Degna di nota è poi la visione espressa chiaramente da Beccaria in merito alla funzione delle prove, esse sono strumentali all’applicazione della buona legge: tutti gli uomini che abbiano la capacità del giudizio possono essere testimoni di un reato e devono quindi dare alla legge stessa credibilità, senza cedere alla ingiusta visione alterata della verità dettata da sentimenti ad essa contrari. In tal modo la colpevolezza nasce anche dalla ricerca della certezza, non bastano gli indizi, ma occorrono “prove perfette”¹³⁰.

La perfezione è garantita dalla rettitudine del giudice che deve attenersi ai fatti, la scienza, secondo Beccaria non occorre per accertare la capacità del reo a delinquere, poiché se così fosse si negherebbe il “buon senso del giudicante”, il quale resterebbe vittima di un essere supremo che lo renderebbe utile per il raggiungimento della verità.

In questo senso la prontezza della pena sarà utile e giusta perché chi è innocente non deve essere privato dalla libertà né condannato ad una pena maggiore di quella arrecata alla società. Proprio da questa ultima affermazione nasce la comparazione con il pensiero di Foucault¹³¹ quest’ultimo associa il concetto di “discipline e sorveglianza” a quelle della sicurezza e del rispetto del territorio e della popolazione¹³².

Il sistema legale e la visione disciplinare della sicurezza pone al centro dello Stato il dovere di controllo dei mercati¹³³, la funzione disciplinare di questa distingue Foucault da Beccaria in quanto il primo considera dovere dello Stato, il controllo assoluto di ogni forma di espressione umana, mentre il secondo ritiene che il principio teorico dei riformisti illuministi di essere “grandi riformatori” non deve essere infranto dalla

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Per Beccaria le prove perfette sono quelle che escludono la possibilità che un tale non sia reo, invece, definisce imperfette quelle che non la escludono. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, op. Cit., Capitolo XIV, Indizi, e forme di giudizi.

¹³¹ Foucault ritorna su questo tema alla fine delle sue lezioni, sostenendo, forse con ancora più forza, che lo stato di polizia del XVIII secolo rappresenta ‘il mondo della disciplina’: “Siamo nel mondo del regolamento, nel mondo della disciplina”. Cfr. M. Foucault, *Security, Territory, Population*, trad., Il coraggio della verità, Feltrinelli Editore, 2011.

¹³² M. Foucault, *Discipline and Punish, The Birth of the Prison*, 1997, p. 101.

¹³³ M. Foucault, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France, 1977–1978*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2007, pp. 9-10; lo stesso in relazione alle diverse politiche di gestione dello spazio urbano, la costruzione di città artificiali, e lo sviluppo commerciale delle città nel corso del XVII e XVIII secolo. V. *Security, Territory, Population*, cit., pp. 12-20.

“dolcezza della pena”¹³⁴ che, se anche deve punire chi lo merita, deve, nel contempo, prevedere sistemi di sorveglianza che non eccedano nella misura della pena commisurata al danno.

Gli ideali di uguaglianza, umanità, indulgenza, autonomia e universalità, che accomunano i due autori illuministi sono correlati ad una diversa concezione della pena fondata su valori educativi e comportamentali nettamente distinti fra loro: mentre Beccaria riflette su una necessità di riforma del potere punitivo che sia, quanto più possibile, proporzionato all’indole criminale del reo, Foucault sostiene che l’intervento riformatore degli illuministi non debba essere mosso da fini umanitari ma volto a proteggere e correggere un sistema basato sulle sanzioni penali che ormai risulta essere in grande sofferenza, pertanto, il problema non risiede nella crudeltà della pena, ma piuttosto sul fatto che essa non è più in grado di garantire “quella necessaria distribuzione dei poteri che, deve punire secondo equità, stabilendo una nuova economia del potere e assicurando una migliore distribuzione dei privilegi che appartengono al corpo sociale”¹³⁵.

Invece che rappresentare un conflitto ideologico tra i due autori è bene considerare la favorevole occasione di far emergere una nuova strategia sull’esercizio del potere di punire fondato sull’obiettivo primario di creare un giusto equilibrio tra universalità e necessità¹³⁶.

Beccaria, nel parlare della mitezza della pena, non pone l’accento sulla necessità di una condanna lieve, a prescindere dalla condotta criminosa, ma, anche per lui, è indispensabile una forma più efficace ed efficiente di controllo sociale, dove “quello che conta è inserire nel corpo sociale una profondità punitiva tale da cogliere le impressioni sull’animo induriti di un popolo appena uscito dallo Stato servaggio”¹³⁷.

L’ideale rapporto tra pena e diritto fonda le sue radici nell’Illuminismo, come progetto di semplificazione ed unificazione dei testi legislativi, in modo tale da renderli facilmente consultabili.

Secondo quanto scolpito nell’insostituibile opera del Beccaria¹³⁸ in termini di un diritto penale minimo, che sia ultima ratio, per la riconoscibilità del sistema penale.

È stato poi tradotto, come irrinunciabile principio di civiltà, in tutte le codificazioni penali, compendiato nel brocardo latino “*nullum crimen nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*”¹³⁹.

Anche dopo il periodo fascista il principio di legalità continua ad essere conservato nel Codice penale del 1930, all’art. 1 c.p., anche se è stato comunque rafforzato grazie alla Costituzione repubblicana con l’art. 25 commi 2 e 3. Esso assoggetta il legislatore ad un “criterio normativo di azione”¹⁴⁰, da esprimere con la maggiore chiarezza possibile, sia riguardo alle azioni punibili sia alle pene comminate all’interno di un testo (codice) organizzato, che serva da inquadramento della norma penale in funzione di effettiva tutela dei valori.

¹³⁴ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Stamperia italiana e francese Milano, Cap. XXVII, 2015, p. 160.

¹³⁵ M. Foucault, *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*, Vintage Books, 1920, p. 80.

¹³⁶ Ibidem, pp. 81 – 82.

¹³⁷ C. Beccaria, *On crimes and punishments*, cit., p. 113.

¹³⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, op. cit.

¹³⁹ L’affermazione dello stato di diritto, primato della legge, trova il suo primo accoglimento in Francia nella Dichiarazione dei Diritti dell’uomo e del cittadino del 1789; successivamente nelle costituzioni francesi e italiane della fine del ‘700, per dare poi seguito nell’800 al recepimento dalle codificazioni penali.

¹⁴⁰ F. Ramacci, *Corso di Diritto penale 4*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 70.

Tornando alle considerazioni sul pensiero di Beccaria e Foucault, possiamo affermare che entrambi considerano la legalità come espressione di un diritto penale fatto di strumenti improntati sulla volontà di arginare le condotte socialmente riprovevoli attraverso una maggiore presa di coscienza del valore della libertà e del comune senso civico costituito dal superamento della servitù¹⁴¹.

La razionalità illuministica la ritroviamo ancor oggi nell'art. 3 bis c.p., riproponendo l'urgente necessità di disporre di un'opera riformatrice che potesse andare a semplificare e ad unificare i testi in materia penale.

Oggi come allora, la privazione della libertà personale, e soprattutto di quali pene certe ed effettive verranno comminate in caso di violazione della norma, fungono da bussola per il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, regolato dalla legge sostanziale, controllato dall'obbligo di motivazione.

Il giudice, cioè, deve "attuare la giustizia" attraverso l'applicazione del diritto a cui è soggetto¹⁴². Come affermato da C. Beccaria, l'attuazione del principio di riserva di codice dovrebbe ridurre al minimo i rischi di arbitrio, che potrebbero palesarsi a fronte di perplessità ed incertezze valutative, consentite dall'assoluta vaghezza dei precetti legislativi, anche in tema di commisurazione della pena¹⁴³.

3.2. La visione utilitaristica ed antropologica della pena secondo Beccaria

Come abbiamo già visto nel periodo illuministico si ebbe una importante riforma del diritto penale.

Il compito del legislatore per Beccaria trovava il proprio fondamento in una visione utilitaristica ed antropologica che escludeva la possibilità di considerare l'individuo strumento per il raggiungimento di fini ulteriori, in quanto nel momento in cui, in determinate circostanze, le leggi consentono di considerare l'uomo non più come una persona ma come una cosa, un oggetto, allora non si può più parlare di libertà¹⁴⁴, essendo mutato il rapporto intercorrente tra sovrano e sudditi.

Da ciò, la necessità di una profonda riforma del diritto punitivo, il cui relativo perno andava individuato, da un lato, nella presunzione di innocenza, in quanto il presupposto naturale è il comportamento lecito, mentre l'azione illecita costituisce l'eccezionalità e, dall'altro, nel principio di legalità, nelle sue diverse dimensioni (riserva di legge, determinatezza e tassatività), impedendo che gli individui restino in balia dell'arbitrio dei giudici.

¹⁴¹ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. XIV, Indizi, e forme di giudizio, p. 59.

¹⁴² G. Vassalli, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in Aa. Vv., *Conferenze – Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 742 ss.

¹⁴³ Sul punto occorre rammentare che la Riforma Orlando al comma 66 dell'art. 1 introduce al comma 2 dell'art. 618 c.p.p. un principio processualistico, a completamento dell'art. 3-bis c.p.; nel senso che se una sezione della Corte Suprema ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, deve rimettere a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso. Ciò è evidente dovrebbe funzionare da freno ai continui mutamenti di opinione in sede applicativa che, creando difformità di indirizzi, non contribuiscono alla chiarezza dell'ordinamento.

¹⁴⁴ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Cap. XX, op cit.

A tal proposito, in tema di prescrizione, il rispetto del canone legale imponeva una preventiva fissazione dei tempi della giustizia penale affinché fosse in grado di difendere il cittadino dall'incertezza circa la propria sorte.

Ed invero, il significato estintivo del tempo era affrontato da Beccaria nel capitolo 30 della sua opera fondamentale, unitamente al tema dei processi, così evidenziandosi lo stretto legame (si può dire, tradizionale) tra processo e prescrizione e, dunque, una probabile natura processuale di quest'ultima.

Venendo alla disciplina ipotizzata da Beccaria, va detto subito che il tempo prescrittivo andava commisurato alla gravità del reato: si distinguevano i "delitti atroci" per i quali si doveva aumentare il tempo di prescrizione, in quanto cui la lusinga dell'impunità, tenendo conto del fatto che a parità di atrocità del delitto accresce il danno, può essere tolta in base all'emanazione di una definitiva sentenza di innocenza o di reità del soggetto; dai "delitti minori" per i quali è opportuno diminuire il tempo di prescrizione nel momento in cui va scemando il danno dell'impunità¹⁴⁵.

Il termine di accertamento era, di contro, inversamente proporzionale alla gravità del reato, tenuto conto della probabilità del suo verificarsi. Beccaria ha previsto un'eccezione nel caso dei delitti atroci, in quanto si tratta di delitti che vengono ricordati a lungo, ed in quanto tali, nel momento in cui vengono attestati e provati non devono essere associati ad alcuna prescrizione in favore del reo che ha cercato di sottrarsi alle proprie colpe con la fuga.

Tale espressione fa desumere che, da un lato, la prescrizione va eccepita dall'interessato e non è rilevabile d'ufficio, posto che l'addebito del delitto atroce deve essere provato, così presupponendo un accertamento processuale e, dall'altro, il reo si deve essere dato alla fuga e, dunque, non ha voluto contribuire all'accertamento della verità storica (processuale): "qui, la refrattarietà di fatti gravissimi all'effetto obliante del tempo, unitamente alla lusinga dell'impunità che potrebbe agire sui delinquenti come incentivo alla fuga, determina il risorgere delle esigenze general-preventive, che potranno essere soddisfatte solo attraverso la concreta applicazione della sanzione penale"¹⁴⁶.

Il fondamento della prescrizione dei "delitti minori ed oscuri" (ma estendibile anche a quelli atroci nei quali il reo non si è sottratto al processo)¹⁴⁷ era indicato da Beccaria nella necessità di fare in modo che, grazie alla prescrizione, le sorti di un cittadino non potessero essere definite incerte, in quanto i delitti caratterizzati per lungo tempo da dubbi ed incertezze tolgono l'esempio d'impunità, concedendo al reo la possibilità di migliorarsi, nel frattempo¹⁴⁸: la prospettiva teleologica è marcatamente special-preventiva attraverso la presunzione dell'emenda del reo per il solo trascorrere del tempo.

¹⁴⁵ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*. Consulte criminali, V Ed., con introduzione e note (a cura di) G. Armani, Milano 1995, p. 70.

¹⁴⁶ S. Silvani, *Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2003, p.434.

¹⁴⁷ In senso contrario, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1910, p.278, che interpreta l'indicazione di Beccaria come contrarietà alla previsione di un termine di prescrizione per i delitti atroci.

¹⁴⁸ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., p. 69.

Il Giudice, secondo Beccaria, non aveva nessuna possibilità creativa e discrezionale nell'applicare la legge, mentre al Giudice contemporaneo, quale partecipe della "rinnovata concezione della legalità", è data anche la "possibilità di prevedere gli orientamenti interpretativi, con cui la giurisprudenza applica le leggi nei casi concreti"¹⁴⁹.

In buona sostanza, dopo un annoso dibattito scientifico¹⁵⁰, sembra finalmente ammettersi l'imprescindibile ruolo creativo della giurisprudenza, purché reso prevedibile ai consociati in virtù del principio di legalità scolpito in Costituzione¹⁵¹.

Se consideriamo che secondo Beccaria solo le leggi contribuiscono a rendere libero l'uomo e che dunque non è necessario sottoporre il diritto penale al giudizio deontologico del Giudice, sarà altrettanto spiegabile l'idea che lo stesso giudicante è sottoposto al giudizio dell'utilità sociale da parte del popolo che vede in lui il solo ruolo di rappresentanza e di garanzia rispetto all'applicazione della pena.

Questa visione utilitaristica si trasforma e si arricchisce di elementi antropologici, se poi si considera che Beccaria ha sempre ritenuto che "un giudice che interpreta le norme, delle cosiddette circostanze, diventa ipso facto legislatore"¹⁵², per cui la dimensione del reo - considerato persona alla quale è stata sottratta la libertà, ma non debba per questo accanirsi nella condanna ad una pena non proporzionata al danno - diviene importante per restituire umanità ad uno Stato che non deve essere tiranno.

Altro elemento su cui Beccaria riflette riguarda la funzione dell'interesse pubblico inteso come momento di sicurezza in cui il popolo deve ritrovarsi per godere di più diritti e libertà.

In questo senso la rigida osservanza del principio di legalità fa indentificare a Beccaria una forma di "garantismo penale" che è prodotto di altissimo valore nella presunzione di innocenza.

Tale presunzione viene dedotta anche mediante il dato che: interi settori della legislazione criminale hanno la necessità di essere ripensati: ciò rileva sia per le prove giudiziarie¹⁵³ che per la visione antropologica attribuita ai testimoni che devono limitarsi a fornire una unica descrizione dei fatti.

Va pertanto affiancato al criterio dell'utile quello del necessario, che risale a Montesquieu¹⁵⁴ secondo il quale: "gli uomini infatti non hanno acconsentito a tutto ciò che fosse utile, ma solo alle minime rinunce possibili, cioè a quelle davvero necessarie".

¹⁴⁹ Cfr. G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma, 2017, pp. 115-116.

¹⁵⁰ O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo della legge*, Milano, 2006.

¹⁵¹ Cfr. A. Bernardi, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010, p. 66 ss.; F. Mantovani, *Erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi*, in <https://discrimen.it/erosione-del-principio-della-riserva-di-legge-interrogativi-e-rimedi/>, p. 8; M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in Arch. pen., 1, 2017; M. Papa, *La tipicità iconografica della fattispecie e l'interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2016, p. 125 ss.; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Giuffrè, 2006.

¹⁵² Citazione presente nel capitolo 3, p. 150, dell'opera *Dei delitti e delle pene* dello stesso C. Beccaria.

¹⁵³ Affrontate nei paragrafi XIII e XVIII della sua opera citata.

¹⁵⁴ È stato un filosofo, giurista, storico e pensatore politico francese (1689 - 1755), considerato il fondatore della teoria politica della separazione dei poteri.

Per entrambi gli autori (Beccaria e Montesquieu) l'origine della società assegna alle leggi penali una funzione umana e civile, ciò significa che pensare a uomini liberi, senza lo scrupolo di un utile, fa sì che la massima felicità si fonda sul modello umanitario – antropologico, coerente con il concetto di giustizia¹⁵⁵ fondato sul consenso. L'umana felicità risiede nell'idea di giustizia, come la massima compatibilità reciproca al bene comune.

3.3. Influenza di Beccaria sulla teoria della pena di Bentham

Bentham può essere considerato, il fondatore dell'utilitarismo; possiamo, certamente affermare, che egli trova i punti di partenza del suo sapere filosofico, principalmente, in Helvétius e Beccaria e anche in Hume. Infatti, molti degli elementi che caratterizzano gli scritti di Bentham, in materia penale, riprendono, quelli che sono i principi fondamentali presenti nell'opera, "Dei delitti e delle pene" di Beccaria. Innanzitutto attinge da Beccaria, uno dei suoi principi fondamentali e cioè il concetto dell'economicità della risposta penale; la considerazione in base alla quale la pena dovrebbe essere sufficiente a controbilanciare i vantaggi che il reo spera di ricavare dal crimine, inoltre, la pena dovrebbe essere non smisuratamente severa rispetto al comportamento illecito commesso, perché altrimenti si rischierebbe di produrre l'effetto opposto a quello voluto. Un altro elemento comune, ai due teoreti, è la circostanza secondo cui la pena dovrebbe essere certa e rapida nella sua comminazione. I due hanno lo stesso concetto, anche, su come dovrebbe essere la legge, e cioè più possibile chiara e comprensibile in modo da ridurre al minimo l'attività d'interpretazione del giudice, quest'ultimo dovrebbe esclusivamente valutare il fatto, senza avere la possibilità di aggiungere proprie interpretazioni. Inoltre, la legge dovrebbe essere così chiara da permettere ai cittadini di conoscere e, sapere preventivamente, quali comportamenti siano vietati e quali permessi e le conseguenze applicate ad un comportamento tenuto in violazione di essa. Ma entrambi i filosofi considerano le leggi del tempo approssimate, scure e poco chiare e le decisioni dei giudici diventano interpretazioni così da formarsi delle leggi retroattive.

Beccaria muove critiche a tale possibilità data che al giudice nel decidere poiché essendo uomini con punti di vista differenti l'uno dall'altro, lo spirito della legge finisce per dipendere da una buona o cattiva logica del giudice. Non bisogna trascurare che la critica mossa dai due pensatori alla poca chiarezza della legge, muove da due esperienze diverse; Bentham si riferisce alla sua esperienza di common Law e quindi al ruolo dei Giudici, Beccaria invece alla poca chiarezza con cui venivano formulate le leggi egli statiti negli ordinamenti di civil Law.

Troviamo dei punti di contrasto tra Bentham e Beccaria, il primo riguarda il criterio della severità della pena; secondo Bentham l'argomento non è tanto se un codice penale preveda pene più o meno severe, ma se tale severità sia o meno necessaria.

¹⁵⁵ S. Cotta, Il pensiero politico di Montesquieu, ed. Laterza, 1995, p. 116.

Per Beccaria le pene non devono essere severe e crudeli perché renderebbero i sudditi schiavi e ciò porterebbe ad un venir meno della giustizia sociale.

Beccaria ha individuato gli elementi essenziali che sono posti alla base della pena: intensità, prossimità, certezza e durata; Bentham riprende questi quattro caratteri ed osserva che la gravità della pena è data dalla diversa combinazione di questi elementi, ovvero diminuendo la intensità di uno dei quattro caratteri deve aumentare necessariamente l'intensità di un altro carattere per far sì che la pena non veda diminuita nella sua efficacia. Per Beccaria, invece, è fondamentale diminuire la durezza della pena, vale a dire l'intensità senza però necessariamente aggravare gli altri tre caratteri.

Una differenza fondamentale la riscontriamo sul concetto di dignità dell'uomo che i due filosofi hanno; essenziale per il pensiero di Beccaria, completamente assente per Bentham. Beccaria non ha fiducia nelle capacità del genere umano di frenare il proprio egoismo e di attuare l'autocontrollo al fine di perseguire una finalità comune. Infatti più volte rimarca la volgarità del popolo e la mancanza di controllo delle passioni, ovvero della capacità di tenere a bada quegli istinti primordiali che tendono a farci desiderare tutti i piaceri, a completo discapito della collettività.

Per Beccaria un uomo, almeno istintivamente, compie sempre scelte con la finalità d'avere un tornaconto piacevole, o, in alternativa, un male minore. Anche per Bentham ogni uomo agisce in base all'utile che ne ricava, infatti, prima di compiere un'azione, effettua una valutazione, più o meno conscia, dei piaceri e dei dolori: dal risultato di tale operazione l'uomo decide se portare avanti l'azione o sottrarsi dal compierla. La valutazione viene vista come elemento guida che si esplica in tutte le azioni compiute nella vita. Una bilancia in cui da una parte ci sono i profitti di un'azione favorevole e dall'altra gli svantaggi che tale azione comporterebbe. Piacere e dolore, sostiene Bentham, sono i padroni a cui gli uomini si devono sottomettere.

3.4. La visione umanitaria della pena in proporzione al reato secondo Foucault

La funzione umanitaria alla quale ci riferiamo è quella che Michel Foucault definiva come una "scienza umana", che fonda le sue origini nelle attività criminali e nella brutalità del potere che, attraverso un metodo che egli stesso definiva "archeologico", fondava la sua ragion d'essere nel voler esaminare i fatti storici collocati secondo una scansione fittizia. Ciò significa che nell'autore, ritenuto "teorico dei poteri", vi era una consapevolezza verso l'umanità e legalità che lo portava ad essere considerato un revisore della realtà in chiave sociale e personale¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Nella sua opera più importante "Storia della follia 1961" analizza la separazione tra follia e ragione in quella che francesi chiamano l'età classica (XVII e XVIII sec.) esaminando l'insieme delle pratiche e dei pensieri attraverso i quali gli uomini hanno escluso altri individui ritenendoli fuori dalla ragione.

Nell'ambito del diritto penale Foucault descrive magistralmente il rapporto tra le patologie e il nesso esistente con la realtà criminale¹⁵⁷, nel 1975¹⁵⁸ approfondisce sul tema analizza l'aspetto più inerente all'oggetto della nostra analisi, cioè alla messa in atto, in nome della ragione, di una serie di condotte tese ad arginare l'emergenza delle scienze umane, sotto l'aspetto del sapere medico e psichiatrico.

Tale approccio introduce il concetto di "pratica punitiva" che rendono il miglioramento sociale più sicuro, anche se attraverso la coercizione "umana" delle condotte criminali. In tale ottica, "la prigione non sopprime infrazione, ma organizza la trasgressione delle leggi in una tattica di assoggettamento"¹⁵⁹.

La prigione viene vista come luogo umano, "dove si produce la delinquenza", molto meno pericolosa dei luoghi in cui la popolazione si dimostra dedita all'alcool, all'uso delle armi, delle droghe e delle situazioni illecite meno controllabili.

Nel 1976, Foucault pubblica "La volontà di sapere", dove supera la visione repressiva del potere e considera che la nostra è una società costituita da una pratica giudiziaria che va analizzata anche in funzione di appositi percorsi psichiatrici che curino il reo e lo mettano nelle condizioni di non nuocere alla società.

La realtà e la pratica storica del filosofo francese condurranno ad una silenziosa lotta contro il potere disumano di chi ritiene di poter arginare le condotte criminali con il "carcere duro"¹⁶⁰.

La ragione espressa dal pensiero di Foucault è una ragione "illuminata" da quella che Sigmund Freud definiva "la forza della lucidità"¹⁶¹, Foucault criticava così fortemente lo storicismo dell'umanesimo e dell'esistenzialismo introducendo l'urgenza di contrastare la visione di una storia fondata contro l'uomo, visto come parte attiva e non passiva dalla società, la quale deve essere espressione di un vero umanesimo che lo faccia sentire capace delle proprie azioni e lo renda responsabile delle proprie condotte.

Certo Foucault non può considerarsi un rivoluzionario del suo tempo, ma sicuramente deve ritenersi un convinto oppositore del potere autoritario che non sappia adeguarsi alle reali condizioni di vita dell'individuo, avversando l'inadeguatezza delle categorie marxistiche¹⁶², il pensiero di Foucault era finalmente improntato su un riscatto morale ed antiborghese che ponesse anche il criminale di una posizione di doveroso riconoscimento della dignità umana.

Prende forma un nuovo pensiero critico generatore di progresso umano, infatti, Foucault sempre affermato che il suo obiettivo non era instaurare le nuove verità, ma quello di condividere le esperienze che potessero offrire

¹⁵⁷ L'autore del 1966 con l'opera "Le parole e le cose" indaga sul rapporto tra l'analisi del linguaggio, le condotte borghesi ed i danni criminali di una società in cui il pregiudizio porta l'uomo verso il progresso, ma anche verso le condotte più scellerate.

¹⁵⁸ M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, ed. Einaudi, 2014, p. 75.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ Tale affermazione non va intesa secondo l'accezione moderna, propria di una carcerazione ex articolo 41-bis del nostro codice di procedura penale (introdotta dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663), ma nel senso che gli uomini secondo Foucault "devono avere nella detenzione un momento di continuità morale verso la loro vita non criminale". Le scienze umane di cui parla Foucault devono essere in grado di offrire sostegno umanitario alla pena detentiva.

¹⁶¹ S. Freud, *Introduzione alla psicoanalisi*, Newton Compton Editori, 2010.

¹⁶² Fondate sulla lotta di classe, ma non sull'esigenza di individuare e superare uno schema ideologico contrario alle spinte antigerarchiche.

strumenti tali da superare le ipocrisie di uno stato autoritario che voglia solo punire, senza offrire “a chiunque un’occasione di libertà”¹⁶³.

Gli attuali sistemi di potere, secondo Foucault, se anche democratici hanno creato e moltiplicato le carceri, senza considerare che “mettere qualcuno in prigione, impedendoli di uscire e di manifestare la propria personalità, è la manifestazione di un potere più delirante che si possa immaginare. [...] La prigione, nelle sue dimensioni eccessive, è un’invenzione che nasce con l’intento di rieducare, di reinserire i delinquenti, ma questo fallisce quasi subito perché non serve a fabbricare i nuovi criminali o sprofondarli ancora di più nella criminalità”¹⁶⁴.

La funzione della pena non è quella di rendere migliore la società isolando i criminali, ma quella di creare sistemi di dominio moderni ed organizzati in cui l’uomo possa essere, se necessario, aiutato, curato e reso capace di essere artefice di un riscatto sociale dove la verità storica si fonda con la verità personale di ciascun individuo.

Il potere non agisce solo con le limitazioni, i divieti e le punizioni, ma deve esprimere la capacità di produrre e di gratificare ciò che di positivo avviene nel mondo.

Secondo Foucault non vi è distinzione di sesso, di casta e di altra natura che possa giustificare condotte disumane che “uccidono legittimamente” coloro che meritano una condanna penale.

Possiamo dire che l’autore credeva che la verità esistesse per equilibrare il potere contro la menzogna politica e ideologica di coloro che ritenevano doveroso punire¹⁶⁵, ancor prima che rieducare ed aiutare.

Volendo rendere il pensiero di Foucault riferibile anche alla nostra realtà storica, possiamo affermare che la dignità della persona e il diritto alla salute che è sua componente, quindi, costituiscono un confine estremo del trattamento penitenziario dato il loro carattere di intangibilità, tanto che si impiega al proposito la locuzione “clausola di salvaguardia del divieto di trattamenti inumani”¹⁶⁶.

“Sicché l’interesse pubblico alla prevenzione e alla repressione dei reati non può mai prevalere sull’interesse individuale al rispetto della dignità personale”¹⁶⁷. Ciò anche in considerazione della circostanza che l’umanizzazione della sanzione è indispensabile ai fini di favorire la risocializzazione del condannato.

¹⁶³ Secondo il filosofo francese i sistemi di governo occidentale e le teorie politiche risultavano tutte incentrate sulla sovranità della legge e non su quella dell’umanità.

¹⁶⁴ Per comprendere questa visione di una società senza prospettive, se relegata nelle mura carcerarie senza possibilità di riscatto, basta leggere quanto autore scrive nella citata opera di Foucault, *La società punitiva*. Corso al Collège de France (1972-1973), Milano, 2016.

¹⁶⁵ M. Foucault, *Discipline and Punish*, op. cit., pp. 81-82.

¹⁶⁶ A. Pugliotto, Il volto costituzionale della pena (e i suoi spregi), in www.dirittopenalecontemporaneo.it. Peraltro, anche la giurisprudenza europea ha più volte posto l’accento sull’impossibilità di effettuare un bilanciamento tra il principio del divieto delle pene inumane o degradanti ed altri valori, quali la prevenzione dei reati o l’esigenza di fronteggiare la pericolosità dell’individuo, in quanto il divieto di tortura ha carattere assoluto ed inderogabile. Così A. Balsamo, Il contenuto dei diritti fondamentali, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, 2014, p. 149.

¹⁶⁷ G.M. Napoli, *Il regime penitenziario*, ed. Giuffrè, Milano, 2012, p. 1 ss. L’autore precisa che, al massimo, le esigenze di sicurezza possono indurre ad una limitazione dei diritti fondamentali dell’uomo, in primis quello alla libertà personale, ma giammai ad una loro completa soppressione.

3.5 La funzione della pena come controllo degli impulsi in ambito sociale

L'idea di sicurezza può essere collegata a qualsiasi problema di esposizione a pericolo e di eventuale apprestamento di misure di controllo (riduzione, eliminazione) di rischi¹⁶⁸. Assume un diverso spessore, secondo che la riferiamo alle condizioni di base della convivenza sociale, oppure a interessi specifici o a specifiche fonti di pericolo (reali o supposte).

Affinché vi sia tranquillità sociale, è necessario che vengano garantite le misure di controllo riferite a situazioni particolare pericolosità di soggetti che manifestano impulsi contrari al vivere in comunità.

Tali misure di controllo vengono ravvisate nel concetto di sicurezza, “da sempre la minaccia e l'insicurezza fanno parte delle condizioni dell'esistenza umana”¹⁶⁹.

In un ordinamento che riconosce diritti e titolari di diritti, il riconoscimento di qualsiasi diritto fonda un'attesa e pretesa di sicurezza¹⁷⁰. Sicurezza giuridica, nei confronti di poteri giuridici; e sicurezza nei fatti.

Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona, dice l'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. L'Unione europea intende essere uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Nella Costituzione italiana il lessico della sicurezza compare nell'art. 41: la libertà di iniziativa economica “non può svolgersi [...] in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. La sicurezza è qui accostata a diritti fondamentali (libertà e dignità umana) come oggetto di una tutela giuridica che limita l'esercizio di altri diritti.

In questa visione è facile rintracciare l'impatto sociale che dà sicurezza, essa assume per tutti coloro che vivono ed operano all'interno di contesti organizzati, assume una funzione regolatrice del vivere sociale.

Seguendo l'approccio europeo¹⁷¹, è compito dei principi dello Stato di diritto che costituiscono, e al contempo garantiscono, la sicurezza dei consociati, la quale, a sua volta, garantisce dalle aggressioni illecite (o da altri pericoli) ed ha bisogno di sistemi di protezione e di interventi attivi.

L'autorità dello Stato, rappresenta in particolar modo dal diritto penale, è compressa dai Diritti umani segnano limiti (anche limiti invalicabili).

A livello legislativo si aprono problemi di bilanciamento di interessi o diritti diversi. Dalla parte delle garanzie liberali stanno il riconoscimento di diritti inviolabili, le riserve di legge e di giurisdizione, i principi che segnano limiti invalicabili all'intervento penale (principio di legalità, principio di colpevolezza). Il versante securitario è affidato alla politica (in primis, ma non solo alla politica legislativa), all'adempimento di compiti di sicurezza che si diversificano da settore a settore.

¹⁶⁸ N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, Milano 1996, p. 32.

¹⁶⁹ U. Beck, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, traduzione italiana *Conditio humana*, Roma-Bari, 2008, p. 9.

¹⁷⁰ A. Pertici, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Speciale di Questione giustizia, settembre 2016. Terrorismo internazionale, Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, p. 28.

¹⁷¹ W. Hassemer, *Strafrecht in einem europäischen Verfassungsvertrag*, in *ZStW*, 2004, p. 304; Th: Weigend, *Der Entwurf einer europäischen Verfassung und das Strafrecht*, in *ZStW*, 2004, p. 275 ss.

I precetti penalmente sanzionati definiscono obiettivi di tutela ritenuti importanti, la sicurezza che si ha di mira è l'osservanza di precetti che per i consociati sono criteri di condotta, per gli apparati statuali sono punto di riferimento di doveri di protezione.

Anche il diritto penale ripensato dall'illuminismo, come abbiamo visto in precedenza, è diritto penale della sicurezza¹⁷².

La sicurezza e la libertà sono “i due pilastri fondanti del servizio che lo Stato deve garantire ai cittadini: le “torri gemelle” delle nostre società democratiche”¹⁷³. “Gli uomini colgono il bisogno di sicurezza quando superano l'ignoto della tirannia”¹⁷⁴.

I diritti riconosciuti dall'ordinamento chiedono tutela e segnano limiti (valicabili o invalicabili) rispetto ai poteri dell'autorità. Diritti di libertà sono una conquista moderna; condizione necessaria di un diritto criminale liberale¹⁷⁵.

Il carattere liberale dell'ordinamento di precetti e sanzioni dipende dal rispetto dell'insieme dei principi che oggi troviamo nella nostra e in altre Carte costituzionali, e che sono stati determinanti nell'evoluzione dell'ordinamento italiano, con il contributo della giurisprudenza costituzionale e della cultura giuridica che si è formata entro l'orizzonte costituzionale.

Il principio di legalità disegna la forma del diritto criminale/penale, e affida al legislatore le politiche del diritto. Possibili contenuti e confini invalicabili del penale sono segnati da principi garantisti sul cui significato “di giustizia” c'è (almeno a parole) un consenso di fondo: il principio di offensività quale criterio di selezione di interessi da tutelare e delle soglie di tutela; il principio di colpevolezza quale criterio e limite dell'attribuzione di responsabilità personale.

Quando infatti parliamo di controllo degli impulsi antisociali di alcuni soggetti che deviano dal normale svolgimento delle proprie condotte affidiamo al diritto, in particolare quello penale, il compito di prevenire, prevedere e curare determinati comportamenti che possano causare danno ai singoli ed alla collettività.

L'idea di offensività riguarda l'intero mondo dei precetti: ha a che fare con l'individuazione di bisogni di tutela ragionevolmente da affidare al diritto criminale/penale. I problemi aperti (anche in materie delicate) riguardano limiti della tutela e bilanciamenti d'interessi. La linea principale di confronto è fra approcci liberali ed illiberali.

Il principio di tutela di beni giuridici, che tendiamo a pensare come liberale, si colloca dalla parte della sicurezza di beni meritevoli e bisognosi di protezione. Definisce uno spazio nel quale il problema dell'eventuale intervento penale può legittimamente essere posto.

L'idea della sicurezza di un bene giuridico può suggerire forme di intervento anche su soglie assai anticipate. Di fatto, il campo di massima estensione del diritto penale, nel nostro ordinamento, è la tutela della vita e dell'integrità fisica, la sicurezza da pericoli di aggressione e dai pericoli della moderna società del rischio.

¹⁷² O. Brunner, P. Schiera, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, ed. Vita e Pensiero, 2000.

¹⁷³ F. Savater, *Le torri gemelle*, in *Micromega*, 2016, n. 3, p. 106.

¹⁷⁴ Th. Weigend, *Dove va il diritto penale? Tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 85.

¹⁷⁵ M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il diritto penale, ma solo legittimi*, in *DisCrimen*, 24 maggio 2019.

Ha a che fare con la dimensione precettiva, prima che con l'attribuzione di responsabilità in concreto, anche il principio di colpevolezza: il “secondo aspetto del principio di legalità”¹⁷⁶ diritto di protezione dell'individuo di fronte all'autorità, insuscettibile di deroghe per nessuna ragione¹⁷⁷. La formulazione delle norme di legge deve rendere possibile l'adempimento di doveri di conoscenza, strumentali al dovere d'osservanza.

In un contesto democratico e liberale di diritto, “lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato”¹⁷⁸. I criteri d'imputazione soggettiva - dolo e colpa - concorrono a costituire i tipi d'illecito la cui realizzazione è vietata.

Principio di legalità e principio di colpevolezza sono principi che regolano la struttura del “diritto criminale” che, anche in versione liberale, è comunque strumento dell'autorità, espressione del principio di responsabilità. La sicurezza e tutte le misure attuate dallo Stato costituiscono neutralizzazione della pericolosità dell'autore di reato, va compiuta in modo tale da assicurare i coerenti bisogni di trattamento dell'autore di reato, nel precipuo interesse di costui e anche della collettività. Non sono accettabili soluzioni rigide pensate in un'ottica unicamente di sicurezza, quando siano possibili soluzioni meno gravose.

Il sistema delle misure di prevenzione è formalmente al di fuori del diritto penale, ancorché ad esso collegato anche nei contenuti coercitivi. Resta oggetto di critiche radicali nella dottrina antica e recente¹⁷⁹. Interventi della giurisprudenza costituzionale hanno eliminato alcuni vistosi deficit di legalità¹⁸⁰.

3.6. La deterrenza della pena e il controllo degli impulsi secondo le neuroscienze

La certezza e la severità della pena costituiscono due variabili del potere decisionale del giudice, nel senso che incidono sia sulla dinamica processuale che anche sulla percezione soggettiva del rischio da parte del reo, salvo che questi non si trovi in una condizione tale da comportarsi in modo da non essere in grado di percepire la reale portata dell'evento criminale.

La deterrenza della pena¹⁸¹ va ponderata rispetto alle potenziali conseguenze negative del reato nel senso che il c.d. impatto psicologico del reato e l'offensività dell'esecuzione della sanzione dovrebbero aumentare l'effetto deterrente, attraverso una attualizzazione dell'effetto negativo connesso al procedimento penale e alla comminazione della pena.

¹⁷⁶ Corte cost. n. 364/1988.

¹⁷⁷ Corte cost. n. 322/2007.

¹⁷⁸ Il principio di legalità e l'articolo 7 della CEDU.

¹⁷⁹ F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, p. 133 s. *Altri interventi in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 2.

¹⁸⁰ Corte cost. n. 33/2018, n. 24 e 25/2019.

¹⁸¹ È un provvedimento preso da parte del giudice nei confronti di un imputato per evitare che questi compia altri reati. J. Buckenmaier, E. Dimant, A.C. Posten, U. Schmidt, on punishment institutions and effective deterrence of illicit behavior, Kiel working Paper, n. 2090, ottobre 2017.

La prevenzione generale mira a distogliere la collettività dal commettere reati, così contenendo il rischio dell'aumento del fenomeno delinquenziale, non dovuto, pertanto, a tendenze patologiche individuali, ma potenzialmente insito, in differenti misure, nella generalità dei cittadini.

Si distinguono due modalità di produzione dell'auspicato effetto generale preventivo. Nella versione più tradizionale, la prevenzione generale è concepita come prevenzione (generale) negativa o deterrenza. Qui l'efficacia preventiva è traghettata da una comunicazione Stato-cittadino dal contenuto intimidatorio con scopo dissuasivo e con un effetto potenzialmente accrescitivo della pena minacciata che poi venga realmente inflitta e fatta scontare al reo.

I rilievi critici a tale concezione teleologica della pena sono essenzialmente due: l'uno, la potenziale sproporzione della pena rispetto al fatto commesso, al fine di garantire l'effetto dissuasivo sull'intera collettività e, l'altro, la strumentalizzazione del reo, punito per fini generali.

Due profili che entrano evidentemente in frizione con cardini garantistici di primario rango, quali, da un lato, il principio di proporzione tra pena e fatto e, dall'altro, quello di personalità della responsabilità penale, nella sua concezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui.

Sempre di prevenzione generale e quindi di deterrenza si parla nel momento in cui, secondo la "teoria finalistica"¹⁸², si va compiere una giustificazione che renda proporzionale la pena rispetto all'offesa commessa con il reato¹⁸³. In tal modo si attua una funzione preventiva della pena, la quale ribadisce la sua deterrenza e consolida la necessità di collocare la pena stessa nell'alveo della punibilità in una prospettiva puramente liberale e democratica che consideri l'uomo¹⁸⁴ portatore di diritti e di capacità tali da poter essere punibili solo nel caso in cui non vi sia vizio di mente che determini la non punibilità assoluta o relativa.

La neuroscienza è capace di compiere valutazioni circa lo stato di self control o self restraint nel rapporto tra self control e crimine¹⁸⁵, se consideriamo che la deterrenza della pena ha valenza nel momento in cui i soggetti ai quali è rivolta siano in grado di percepire tutto il disagio connesso ai momenti di reato, non apparirà inadeguato che la repressione delle condotte penalmente rilevanti avvenga attraverso pene commisurate al danno comunque non valutabili a priori, ma solo dopo che una determinata condotta venga espressa e valutata come penalmente rilevante.

¹⁸² Essa giustifica la pena nella misura in cui venga realizzata la prevenzione del reato, ciò significa che i comportamenti lesivi dei beni altrui, attraverso la deterrenza, incidono sulla capacità di raggiungere l'obiettivo della prevenzione in senso morale, si veda F. Popper, In Defense of Deterrence, Albany Law Review, 2012, p. 181.

¹⁸³ I. Primoratz, Justifying Legal Punishment, 2 a ed., Atlantic Highlands, NJ, Humanities Press, 1999.

¹⁸⁴ G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, trad. Lineamenti di filosofia del diritto, Roma-Bari, Laterza, 1979. Georg Wilhelm Friedrich Hegel è stato un filosofo, accademico e poeta tedesco, considerato il rappresentante più significativo dell'idealismo tedesco. È ritenuto uno dei massimi filosofi di tutti i tempi.

¹⁸⁵ La neuroscienza individua nel self control una componente importante del comportamento umano, quando questa viene a mancare da parte del reo che non riesce a percepire la gravità sociale e individuare di una condotta contraria alla legge, il giudicante deve considerare la valenza degli impulsi connessi alla pena detentiva commisurandoli con la deterrenza della pena stessa.

Quanto affermato risponde alle teorizzazioni che in Italia vennero diffuse da Giovanni Carmignani¹⁸⁶, secondo cui la sicurezza sociale e individuale dipende dalla circostanza che la libertà dei cittadini non possa mai essere limitata se non quanto risulti indispensabile l'intervento dello Stato, che funge da garante rispetto ai diritti e alla necessità di ristabilire l'ordine pubblico. Ciò vale, ovviamente quando sussistono condizioni per una "pena utile"¹⁸⁷.

In proposito, la previsione di un quadro edittale più o meno flessibile non solo è conforme al principio di legalità, ma appare essere una soluzione costituzionalmente imposta alla luce della necessaria personalità della responsabilità penale, tanto che sono stati evidenziati dubbi di costituzionalità in relazione alle c.d. "pene fisse" ed agli automatismi sanzionatori, che impediscono di gradare la risposta punitiva in base alle peculiarità del caso concreto.

Sul punto, la Consulta¹⁸⁸ ha sottolineato "l'esigenza di una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, proporzionale, delle pene inflitte con le sentenze di condanna", aggiungendo che, "in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato".

Per questa ragione va valutata, caso per caso, la rilevanza e la consistenza delle condotte generatrici di reato, seguendo un criterio che inscriba tali considerazioni in una molteplicità di impulsi potenzialmente non lesivi, che possono trovare attento vaglio scientifico nella neuroscienza.

Va evitato un irragionevole automatismo sanzionatorio, le plurime decisioni di incostituzionalità dell'art. 69, ultimo comma, c.p., nella parte in cui vieta il giudizio di prevalenza sulla recidiva reiterata ex art. 99, comma 4, c.p. di alcune circostanze attenuanti "significativamente", come lo spaccio di lieve entità, inizialmente considerato circostanza e non ipotesi autonoma di reato¹⁸⁹, la ricettazione di lieve entità¹⁹⁰, i fatti di violenza sessuale di minore gravità¹⁹¹, la collaborazione nei reati di spaccio¹⁹², il danno patrimoniale di speciale tenuità in ipotesi di bancarotta¹⁹³, il vizio parziale di mente¹⁹⁴.

La deterrenza della pena coincide quindi, in alcuni casi specifici dove si attua una prevenzione mirata alla non ripetibilità dell'intervento coercitivo da parte dello Stato, con il concetto di proporzionalità che trova

¹⁸⁶ Giovanni Carmignani (1768 - 1847) è stato un giurista italiano. Ha insegnato diritto criminale e filosofia del diritto all'Università di Pisa.

¹⁸⁷ Si definisce utile una pena comminatoria ritenuta giusta perché commisurata al danno Cfr. M. Pavarini, Pena "utile", la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo, in *Rass. penit. e crim.*, 1983, p. 20 ss.

¹⁸⁸ C. cost., 2 aprile 1980, n. 50; più di recente, C. cost., 25 settembre 2018, n. 222.

¹⁸⁹ C. cost. 5 novembre 2012, n. 251.

¹⁹⁰ C. cost. 18 aprile 2014, n. 105.

¹⁹¹ C. cost. 18 aprile 2014, n. 106.

¹⁹² C. cost. 7 aprile 2016, n. 74.

¹⁹³ C. cost. 17 luglio 2017, n. 205.

¹⁹⁴ C. cost. 7 aprile 2020, n. 73.

riconoscimento costituzionale e può essere utilizzata come parametro della discrezionalità giudiziale e misura di controllo, in caso di irragionevolezza delle scelte operate dal legislatore”¹⁹⁵, ritenuto unico parametro di apprezzamento compatibile con la riserva prevista dal Costituente nell’art. 25, comma 2 laddove attribuisce alla sola legge le scelte di politica criminale.

L’approccio tradizionale è strettamente legato al principio “tertium comparationis”¹⁹⁶: dinanzi ad una condanna non è sufficiente riferirsi all’eccessiva severità in sé del trattamento sanzionatorio, essendo piuttosto necessario individuare una condotta sostanzialmente omogenea (tertium comparationis) assoggettata ad una sanzione più mite rispetto a quella prevista per la fattispecie indiziata di incostituzionalità.

Nella concezione propria di deterrenza della pena vi è poi un’apprezzata volontà di accumulare fattispecie analoghe sotto l’unica regola della non disparità di trattamento causata dalla violazione del principio proporzionale della pena.

Quanto previsto dall’art. 3 Cost. in relazione a giudizio di ragionevolezza si ispira chiaramente sul medesimo criterio comparativo di cui abbiamo detto sopra

È necessario creare un legame tra la comparazione rappresentata nel dettato costituzionale ed un più generale principio de quo, ossia l’art. 3 Cost.¹⁹⁷, disposizione che implica un giudizio di ragionevolezza, di ordine inevitabilmente comparativo.

La deterrenza della pena, intesa come prevenzione della plurioffensività del reato, vede nel comportamento reiterato il luogo più idoneo per realizzare un ragionevole trattamento sanzionatorio proporzionato all’offesa. Quanto sin qui affermato va posto in relazione all’imputabilità del reo, su tale aspetto sussiste un doveroso riferimento alle ragioni per cui la neuroscienza sia chiamata a valutare il livello di partecipazione psicologica al reato e la capacità di intendere e volere del reo¹⁹⁸.

I risultati delle attuali indagini in capo alla valenza della citata scienza dimostrano chiaramente che quando la collettività chiede di arginare i fenomeni a maggior gravità e impatto sociale il giudice penale chiamato a utilizzare tutti gli strumenti valutativi che possono rendere sicura la commisurazione della pena, ivi compresi quelli che, come le Neuroscienze, sono in grado di misurare il grado di pericolosità sociale e la misura di questa in termini di consapevolezza all’azione.

Senza cadere nella retorica delle teorie retributive, che pensano di punire a prescindere da ogni valutazione concreta dello stato psico-fisico del trasgressore, le neuroscienze fungono da feedback scientifico, non discrezionale, che riesce a individuare quale dei percorsi punitivi sia quello rispondente alle capacità percettive del reo.

¹⁹⁵ A. Macchia, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 33.

¹⁹⁶ Il principio tertium comparationis nel diritto penale va inteso come termine di paragone per valutare l’eventuale sperequazione tra pena comminata e danno arrecato.

¹⁹⁷ Il principio di dignità sociale di cui trattasi nel citato art. 3 Cost. esprime una valenza sia egalaritaria che garantistica dal punto di vista civil-penalistico, nel senso che pone ogni soggetto al riparo da eventuali applicazioni della norma non ragionevolmente proporzionata alla condotta posta in essere.

¹⁹⁸ T. Bandini, *Riflessioni critiche sulla nozione di infermità in psichiatria forense*, in L. Dell’Osso - A. Lomi (a cura di), *Diagnosi psichiatrica e DSM-III-R*, Milano, 1989, p. 171.

Non si tratta dunque di ipotizzare una sorta di esimente delle responsabilità, ma piuttosto di considerare, in ottica proporzionale, il giusto e ragionato cambiamento che la pena può determinare nei confronti di coloro che hanno commesso reati di una certa entità.

In quest'ottica, gli impulsi volitivi che ispirano il reato sono terreno fertile per una valutazione scientifica della capacità di delinquere, ma sono anche il modo per arginare l'indubbio bisogno punitivo ben sviluppato in gran parte della società moderna, sempre più orientata verso la condanna piuttosto che all'esame delle circostanze che hanno determinato una condotta deviata.

La consapevolezza del Giudice di operare un forte discrimine tra la sua discrezionalità e la necessaria ricerca della verità, ha favorito lo sviluppo delle neuroscienze che non devono sostituirsi alle altre modalità di accertare i fatti, ma possono sicuramente rappresentare un valido strumento complementare per la ricerca della realtà processuale e clinica del reo.

3.7. La rieducazione del condannato secondo l'art. 27 comma 3 Cost.

Come abbiamo visto, una pena non umana non è idonea ad attuare la funzione rieducativa che le è propria¹⁹⁹. Ne consegue che, nel corso della detenzione, non devono essere inflitte al condannato sofferenze ulteriori rispetto a quelle derivanti dalla privazione della libertà personale²⁰⁰.

Il rispetto della dignità umana impone, infatti, che la salute ed il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato. Ed invero, "il valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personali"²⁰¹.

¹⁹⁹ Tale assunto è pienamente condiviso da dottrina e giurisprudenza. Per quanto attiene alla prima, in tale senso si esprimono I. Nicotra, Pena e reinserimento sociale, in AIC Rivista, 2014, p. 2 ss.; D. Chinnici, I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane, in Arch. pen., 1, 2015, p. 64. In particolare, quest'ultima specifica che la pena scontata in condizioni inumane deve essere qualificata come vessazione fine a sé stessa ed è, pertanto, completamente inutile in un'ottica di rieducazione e reinserimento sociale del reo. Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza, è stato eloquentemente sostenuto che "la pena è legale solo se non consiste in trattamento contrario al senso di umanità, di talché la pena inumana è "non pena" e dunque andrebbe sospesa o differita in tutti i casi in cui si svolge in condizioni talmente degradanti da non garantire il rispetto della dignità del condannato". V. Trib. Sorv. Venezia 18 febbraio 2013, in Riv. giur., 5, 2013, p. 572 ss. Recentemente, anche gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale hanno concluso che "ogni vulnus ai diritti inviolabili del condannato, che non derivi dalle restrizioni strettamente indispensabili per la privazione della libertà, ne offende la dignità e preclude ipso facto la possibilità che la pena possa svolgere la funzione rieducativa, essendo impossibile rieducare alla legalità un soggetto illecitamente umiliato nella sua dignità di uomo". Così A. Ceretti et al. (a cura di), Stati generali dell'esecuzione penale, 2016, p. 6.

²⁰⁰ Cass., Sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791, in Foro it., 2, 2008, p. 272 ss. Sul tema, si sottolinea un importante intervento del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il quale ha criticamente messo in luce che, tutt'oggi, sia sotto il profilo qualitativo, sia sotto quello quantitativo, "il carcere è ancora troppo spesso luogo di sofferenza aggiuntiva, oltre a quella intrinseca alla privazione della libertà personale, per le persone che vi sono ristrette". Conseguentemente, ha espresso la necessità di investire, soprattutto in termini di prevenzione, "affinché la privazione della libertà personale non degeneri in situazioni definite dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo trattamenti inumani o degradanti". Così M. Palma, Relazione al Parlamento, Camera dei deputati, 21.03.2017, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pp.1, 8.

²⁰¹ Corte cost. 19 novembre 1991, n. 414.

Conseguentemente si dovrà verificare la capacità del soggetto di scontare la pena detentiva anche sulla base delle condizioni di salute in cui versa. Nell'ipotesi in cui tale verifica abbia esito negativo, il condannato dovrà essere scarcerato per evitare che egli sia sottoposto a sofferenze e disagi di eccessiva intensità²⁰².

A tale conclusione si giunge tenendo conto del fatto che il rispetto della dignità umana è un limite invalicabile e assoluto, che non può essere oltrepassato, neanche nella fase esecutiva della sanzione penale.

In altri termini, sussiste un diritto inderogabile a non subire trattamenti inumani; dunque “non sono prospettabili circostanze, occasioni e ragioni (neanche l'esecuzione di una pena detentiva è tale) che possono giustificare una restrizione del diritto suddetto”²⁰³.

È in questo senso che possono essere valorizzati gli studi di quella dottrina che più da vicino si è occupata del tema della discrezionalità penale, giungendo ad evidenziare come la stessa abbia in effetti assunto una “dimensione costituzionale”, nella quale il fondamento - e ad un tempo, dunque, il limite - della stessa deve essere rinvenuto nei principi di uguaglianza, personalità della responsabilità penale e rieducazione di cui agli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost²⁰⁴.

Proprio il riferimento ai canoni costituzionali in ultimo citati, prendendo le mosse dal controllo di legittimità in sede di commisurazione e controllo della pena, che, come si è visto, la Corte ha portato avanti proprio attraverso una valorizzazione dei principi di ragionevolezza, personalità e proporzionalità della pena.

Siffatti criteri, in definitiva, risultano chiamati a regolare non soltanto le scelte legislative in materia di trattamento sanzionatorio, ma anche - e in parallelo - lo stesso esercizio dei poteri discrezionali del giudice nella commisurazione (anche in senso lato) della pena medesima²⁰⁵.

L'orizzonte assiologico è chiaro e i tempi sono certamente maturi per un intervento legislativo in materia di rieducazione della pena, che raccolga il testimone della giurisprudenza costituzionale e attui una riforma davvero coerente con i principi sopra citati.

²⁰² Cedu 26 ottobre 2010, Kudla c. Polonia. Sull'argomento si rinvia a V. Manca, La Corte dei diritti dell'uomo torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art. 3 CEDU, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 1ss.

²⁰³ D. Butturini, Il sovraffollamento penitenziario in Italia è di per sé trattamento inumano degradante, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2, 2013, p. 616. Nonostante tali affermazioni di principio, è noto come l'Italia sia stata più volte condannata dalla Cedu proprio a causa delle condizioni inumane e degradanti in cui versano i detenuti. Ex multis si ricordano Cedu 29 gennaio 2013, Cirillo c. Italia; Cedu 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia; Cedu 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia (n. 4); Cedu 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia; Cedu 10 giugno 2008, Scoppola c. Italia. In particolare, in alcune sentenze si è fatto riferimento proprio allo stato di salute dei condannati per giungere ad affermare la responsabilità del nostro Stato per la violazione dell'art. 3 Cedu. Nella sentenza Cedu 27 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia, ad esempio, è stato asserito che “mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce trattamento degradante”. Da ultimo, si veda Cedu 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia. In tale pronuncia la Corte ha censurato il fatto che soltanto all'ottava istanza presentata dal detenuto in gravissime condizioni di salute, così come testimoniato dai referti medici, la Magistratura di sorveglianza avesse concesso la detenzione domiciliare. V. amplius, G. Uberris, F. Viganò (a cura di), *Rassegne di giustizia penale sovranazionale. Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1043 ss.

²⁰⁴ In questo senso v. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 349 ss. In termini sostanzialmente analoghi G. Caruso, *La discrezionalità penale Tra “tipicità classificatoria” e “tipologia ordinale”*, ed. Cedam, 2009, p. 393 ss.

²⁰⁵ Così anche M. Pelissero, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 1421.

Tuttavia, come già anticipato, una siffatta prospettiva si rivela di quanto mai difficile percorribilità, specie nell'attuale congiuntura storica che vede il diritto penale assumere carattere sempre più totale²⁰⁶, risultando incapace di smarcarsi dall'impasse di un "momento punitivo" in cui "l'intolleranza selettiva della società e il populismo penale della politica si aiutano a vicenda"²⁰⁷.

Anche "l'impossibilità di sostituire la pena dell'ergastolo con quella di anni trenta di reclusione in ragione dell'accesso al rito abbreviato si pone in maniera distonica rispetto al recente orientamento della stessa Corte costituzionale²⁰⁸ che, seppur in tema di ergastolo ostativo, ha abbandonato la tradizionale difesa della tenuta costituzionale di tale pena perpetua in favore dell'affermazione del principio della rieducazione del condannato"²⁰⁹. Così come l'accomunare, in base esclusivamente all'identica pena edittale, fattispecie eterogenee (per condotta, bene giuridico aggredito, disvalore) allo scopo di precludere l'accesso al rito abbreviato, altro non è che un automatismo legislativo, non difforme da analoghe preclusioni assolute in passato censurate dalla Corte costituzionale²¹⁰. Ecco perché la ratio decidendi della sentenza, e i suoi eventuali obiter dicta, potranno avere ricadute significative sulla tenuta in punto di legittimità costituzionale della stessa pena dell'ergastolo, anche nella sua variante ostativa²¹¹.

L'ordinamento prevedeva diverse tipologie di ergastolo, nel tempo venute meno per intervento della Corte costituzionale o del legislatore²¹²: è accaduto all'ergastolo per i minori²¹³ al c.d. ergastolo bianco per gli

²⁰⁶ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza giustizia. Venti tesi*, Bologna, 2019.

²⁰⁷ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, trad. it. di Lorenzo Alunni, Milano, 2018, p. 15.

²⁰⁸ sent. n. 149 del 2018 e altre.

²⁰⁹ Così l'ordinanza 5 febbraio 2020 della Corte di assise di Napoli (r.o. n. 77 del 2020), in G.U. – I Serie speciale, n. 27 del 2020.

²¹⁰ Davvero copiosa è la giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente smantellato automatismi legislativi, perché impediscono o limitano una verifica dell'adeguatezza della risposta sanzionatoria rispetto al fatto concreto: così, ad esempio, in tema di misure di sicurezza (sentt. nn. 1 del 1997; 139 del 1982; 249 e 253 del 2003), di effetti della recidiva reiterata (sentt. nn. 183 del 2011; 251 del 2012; 105 e 106 del 2014; 185 del 2015; 74 del 2016), di applicazione della custodia cautelare (sentt. nn. 265 del 2010; 164, 231, 331 del 2011; 110 del 2012; 57, 213, 232 del 2013; 48 del 2015), di ostatività ai benefici penitenziari (sentt. nn. 239 del 2014; 76 del 2017; 149 del 2018; 229, 253 e 263 del 2019; 18 del 2020). In tema, vedi ora l'attento studio di L. Pace, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi tra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli 2020.

²¹¹ Problema che, invece, viene rimosso dal terzo giudice a quo, laddove motiva la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale – prospettata dalla parte privata – con riguardo all'art. 27, comma 3, Cost.: "Si reputa infatti che la normativa impugnata non abbia direttamente inciso in maniera illegittima sulla tendenza alla rieducazione del trattamento sanzionatorio" dato che "la giurisprudenza costituzionale ha ormai da tempo escluso che vi sia contrasto tra l'affermazione del principio rieducativo della pena nel testo costituzionale e l'istituto dell'ergastolo". Da qui la conclusione secondo cui "una modifica normativa che possa, a livello statistico, comportare un ipotetico aumento di condanne alla pena dell'ergastolo (...) non può ritenersi di per sé illegittima per violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.". Così l'ordinanza 16 luglio 2020 del G.U.P. del Tribunale di Piacenza (r.o. n. 127 del 2020), in G.U. – I Serie speciale, n. 38 del 2020.

²¹² Per una ricostruzione complessiva delle vicende ordinamentali della pena dell'ergastolo – nelle sue cangianti e multiformi modalità – vedi E. Fassone, *L'ergastolo e il diritto alla speranza*, in *Quest. Giust.*, 24 febbraio 2020, p. 1 ss., nonché la silloge di contributi dottrinali, di materiali giurisprudenziali e documentali offerta da due recenti volumi: E. Dolcini – E. Fassone – D. Galliani – P. Pinto de Albuquerque – A. Pugiotto, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, cit., p. XV-495; E. Dolcini – F. Fiorentin – D. Galliani – R. Magi – A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, prefazione di F. Palazzo, Torino 2020, p. XI-309.

²¹³ Sent. n. 168 del 1994.

internati negli ospedali psichiatrici giudiziari (d.l. n. 52 del 2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 81 del 2014)²¹⁴, all'ergastolo ostativo aggravato per i sequestratori-omicidi²¹⁵.

Quanto all'ergastolo comune, come già ricordato, ha perso la sua natura di pena perpetua in ragione del possibile accesso del condannato alla liberazione condizionale previa decisione dell'autorità giudiziaria²¹⁶.

La quaestio ora all'esame della Corte costituzionale crea le condizioni per il superamento dell'ultima, effettiva, forma residua di carcere a vita, cioè di pena fino alla morte. Ciò consentirebbe, finalmente, un allineamento con la scelta costituzionale di ripudiare la morte come pena, espressa inequivocabilmente dall'emendato art. 27, comma 4, Cost. (fatto oggetto di revisione con legge cost. n. 1 del 2007)²¹⁷. Questa, in ultima analisi, è la posta in gioco²¹⁸. È bene che ne siano pienamente consapevoli i giudici di Palazzo della Consulta, anche per questo chiamati a non dissipare l'occasione di scrivere una pagina epocale della giurisprudenza costituzionale. È fuor di dubbio che si sia persa, ancora una volta, l'occasione di riordinare la fase dell'esecuzione penitenziaria, limitandosi a modifiche che, seppur non del tutto prive di rilievo, lasciano irrisolti molti dei nodi che ostacolano il raggiungimento del fine rieducativo affidato alla pena dall'art. 27 Cost., restituendo una struttura, non solo, ben lontana dalle aspettative, ma anche in palese contrasto con i canoni convenzionali e costituzionali²¹⁹.

Di sicuro pregio è, in ogni caso, il D. Lgs. n. 121 del 2018, ove, al di là, dei contenuti perfettibili ed il cui reale valore potrà valutarsi solo alla luce della prassi applicativa, si detta una specifica regolamentazione per l'esecuzione penitenziaria del condannato minorene.

La riforma del 1975 prevedeva, nell'art. 79 ord. penit., l'estensione delle disposizioni dettate per i maggiorenni almeno "fino a quando non si sarà provveduto con apposita legge". È stato, infatti, varato un sistema autonomo destinato a disciplinare meccanismi che dovrebbero muoversi secondo specifiche linee direttrici, tra cui

²¹⁴ Cfr. A. Pugiotto, L'ergastolo nascosto (e altri orrori) dietro i muri degli ospedali psichiatrici giudiziari, in *Quad. cost.* 2013, p. 343 ss. In realtà, l'epitaffio è meno definitivo di quanto appaia, considerato che – per espressa previsione legislativa – la regola di un limite massimo temporale per le misure di sicurezza detentive non si applica "per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo" (art. 1, comma 1-quater, legge n. 84 del 2014): cfr. A. Pugiotto, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2015, Cap. 10.

²¹⁵ Sent. n. 149 del 2018.

²¹⁶ Sentt. nn. 204 e 264 del 1974.

²¹⁷ Cfr. A. Pugiotto, L'abolizione costituzionale della pena di morte e le sue conseguenze ordinamentali, in *Quad. cost.* 2011, p. 573 ss.

²¹⁸ Ciò spiega la partecipata dialettica a Palazzo della Consulta in vista della sua decisione sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: sono ben cinque gli *amicus curiae* inoltrati alla cancelleria della Corte costituzionale (ex art. 4-ter, Norme integrative), su iniziativa di Antigone, Macrocrimes-Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità, Nessuno Tocchi Caino, L'altro Diritto, Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, tutti consultabili in E. Dolcini – F. Fiorentin – D. Galliani – R. Magi – A. Pugiotto (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle corti*, cit., p. 273 ss. In tema, vedi G. Battaglia, *Dall'intervento di terzi a Strasburgo all'"apertura" del processo costituzionale*, in *Riv. giur.* 2020, fasc. 12, p. 1485 ss.

²¹⁹ F. Siracusano, "Cronaca di una morte annunciata": l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della "riforma tradita", in *Arch. pen. web*, n. 3, settembre-dicembre 2019, il quale osserva, come "Questo 'tradimento' ha determinato il permanere di quello stridente e dilatato iato sistematico tra individualizzazione e differenziazione trattamentale che oramai da circa un trentennio caratterizza l'impianto dell'esecuzione penale nel nostro Paese e che, nella sua attuale configurazione normativa, sigla il punto di maggiore frizione fra l'intervento penale e la tensione rieducativa delle pene costituzionalmente evocata. Un 'doppio binario' penitenziario che, tramite l'erosione delle più vistose e irragionevoli deviazioni dal modello ordinario, la 'riforma tradita' aveva provato a ricondurre ad *Constitutionem*".

l'individualizzazione e la flessibilità dell'intervento educativo; la preferenza accordata alle misure alternative alla detenzione; la riorganizzazione degli istituti penitenziari in modo che possano favorire la responsabilizzazione e il rafforzamento delle relazioni con il mondo esterno²²⁰.

Sia il D.lgs. n. 123 del 2018 sia il D. Lgs. n. 124 del 2018 intervengono in tema di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti, vita penitenziaria, lavoro.

Al fine di mettere a fuoco le linee di riforma seguite con detti provvedimenti, appare opportuno prendere avvio dai precetti che costituiscono l'imprescindibile base normativa dell'esecuzione penitenziaria ossia gli artt. 1 (Trattamento e rieducazione), 13 (Individualizzazione del trattamento), 15 (Elementi del trattamento) ord. penit., i quali mostrano alcune interessanti integrazioni che, seppur non in grado di stravolgerne la pregressa forza precettiva, costituiscono una importante esplicitazione di aspetti, fino ad ora, non presenti nel dato positivo.

L'art. 1 ord. penit., norma emblematica e di principio, si arricchisce di rilevanti contenuti. Si integra, in particolare, il disposto rendendo più chiare le finalità cui deve tendere il trattamento penitenziario, che costituisce il precipitato diretto dell'art. 27, comma 3, Cost., rammentando come esso sia improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a sesso, identità di genere, orientamento sessuale, razza, nazionalità, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose e si conformi a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.

Il tratto di maggiore rilievo è costituito dal richiamo ad aspetti (tra tutti l'orientamento sessuale ovvero la parità di genere) che, sebbene già valorizzati in via interpretativa, sono oggi presenti direttamente nel testo, indice di una sempre maggiore sensibilizzazione su tematiche che riflettono i mutamenti sociali intervenuti nel corso degli anni.

A dimostrazione di come tale modifica non costituisca una mera petizione di principio, ma come, al contrario, trovi un riconoscimento immediato e diretto, è sufficiente rammentare il nuovo testo dell'art. 11, comma 10, ord. penit., in tema di Servizio sanitario, ove si stabilisce che ai detenuti e agli internati che, al momento della custodia cautelare in carcere o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, abbiano in corso un programma terapeutico ai fini di cui alla L. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettifica di attribuzione di sesso), sono assicurati la prosecuzione del programma e il necessario supporto psicologico o, ancora, l'art. 14, ultimo comma, ord. penit., il quale prescrive che l'assegnazione dei detenuti e degli internati, per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte della restante popolazione detenuta, in ragione solo dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale, deve avvenire per categorie omogenee, in sezioni distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale previo consenso degli interessati, i quali, in caso contrario, saranno assegnati a sezioni ordinarie. Deve, in ogni caso, essere garantita la partecipazione ad attività trattamentali, eventualmente anche insieme alla restante popolazione detenuta.

²²⁰ F. Della Casa, Esecuzione e peculiarità della disciplina penitenziaria, in Procedura penale minorile, a cura di M. Bargis, Torino, 2019, p. 256 ss.

In ossequio ai precetti costituzionali, la novella struttura dell'art. 1 ord. penit. impone inoltre, che ad ogni persona privata della libertà personale siano garantiti i diritti fondamentali, affermazione che, seppur implicitamente conseguente al canone di cui all'art. 2 Cost., assume nella sua dizione letterale un indubbio valore di principio.

In questa circostanza, si deve osservare che la permanenza all'aperto ha subito un aumento nella durata media, pari a quattro ore (in luogo della previsione originale che determinava un periodo di permanenza all'aria aperta pari alla metà) tenuto conto che, in alcuni, queste possono essere comunque ridotte fino a dimezzarle. Questo provvedimento è gravato in vero da particolari oneri, tra cui l'obbligo da parte del direttore dell'istituto penitenziario che intenda adottarlo di comunicarlo al magistrato di sorveglianza e al provveditore Regionale, oltre che al previamente citato onere della motivazione. In origine l'articolo 10 ord. penit. prevedeva l'accesso al provvedimento per "motivi eccezionali", oggi il requisito della eccezionalità è stato sostituito da quello della "giustificazione" (motivi giustificati) l'uso dell'una locuzione in luogo dell'altra assume estrema rilevanza in quanto la presenza di giustificati motivi, in luogo degli eccezionali prima vigenti, potrebbe consentire all'autorità amministrativa di incidere più facilmente sulla durata della permanenza all'aperto, con conseguenze per i detenuti che non possono non essere stigmatizzate.

Viene, altresì, integrato il testo dell'art. 13 ord. penit., rubricato "Individualizzazione del trattamento". Di peculiare rilievo è il nuovo comma 3, il quale contiene un esplicito richiamo alla giustizia riparativa come elemento rappresentativo del percorso di osservazione scientifica²²¹, laddove si precisa che "nell'ambito dell'osservazione è offerta all'interessato l'opportunità di una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione"²²². Si tratta di un elemento di novità di particolare importanza, poiché attribuisce all'opera di mediazione successiva alla sentenza di condanna un ruolo centrale, applicabile, ove possibile, ad ogni percorso trattamentale, laddove in precedenza l'unico riferimento ad aspetti in qualche modo riconducibili all'area della giustizia riparativa erano rinvenibili nel corpo dell'art. 47 ord. penit.

A ben vedere, però, tale inserimento rischia di diventare una mera petizione di principio, non essendo accompagnato da ulteriori precetti che ne regolamentino l'operatività concreta, circostanza che ne depotenzia, pertanto, la forza innovativa.

La L. n. 69 del 2019 ha, poi, riformulato il successivo art. 13 bis ord. penit., rubricato oggi "Trattamento psicologico per i condannati di reati sessuali, per maltrattamenti contro familiari o conviventi e per atti persecutori". La finalità a cui è rivolta detta disposizione è prevedere la possibilità per soggetti condannati per

²²¹ Trova in tale contesto luogo l'eventuale accertamento dello stato psicologico del detenuto, anche attraverso perizie neuroscientifiche che attestino, tra l'altro, la congruità del trattamento penitenziario rispetto alle condizioni psico-patologiche in cui si trova il detenuto. A. Massaro, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, Roma TrE-Press, 2017; C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?* Giappichelli, 2017.

²²² *Ibidem*.

peculiari tipologie di reato tassativamente indicate di sottoporsi a un trattamento psicologico ad hoc con finalità di recupero e di sostegno.

Allo scopo di incentivare l'avvio di tale percorso si dispone che l'eventuale partecipazione viene valutata, ai sensi dell'art. 4 bis, comma 1 quinquies, ord. penit., ai fini della concessione dei benefici ivi indicati.

L'intervento di riforma ha, in primo luogo, ampliato il novero dei delitti, richiamando anche gli artt. 572, 583 quinquies e 612 bis c.p. ed ha eliso il periodo che ne limitava l'operatività ai soli reati commessi a danno di persona minorenni, permettendone, pertanto, una applicazione più ampia.

L'intento, condivisibile, sotteso a tali modifiche è legato alla volontà di offrire a tutti i condannati per siffatte ipotesi criminose l'opportunità di intraprendere uno specifico percorso trattamentale, calibrato sulle peculiari forme di devianza che da essi scaturiscono, in modo da prevenire in maniera più mirata il pericolo di recidiva. Detta lettura sembra essere confermata dal contenuto del novello comma 1 bis, ove si specifica che le persone condannate per i delitti enucleati nel comma 1 dell'art. 13 bis ord. penit. possono essere ammesse a seguire percorsi di reinserimento nella società e di recupero presso enti e associazioni che si occupano di prevenzione, assistenza psicologica e recupero di soggetti condannati per i medesimi reati, organizzati previo accordo tra i suddetti enti o associazioni e gli istituti penitenziari²²³.

Anche se ciò possa apparire un precetto di mera rilevanza organizzativa, ai fini del reinserimento sociale, acquisisce un ruolo non secondario anche il principio di territorialità sancito oggi in modo chiaro all'art. 14, comma 1, ord. penit., ove si prescrive che i detenuti e gli internati hanno diritto di essere assegnati a un istituto il più vicino possibile alla stabile dimora della famiglia o, se individuabile, al proprio centro di riferimento sociale, salvi specifici motivi contrari.

L'assegnazione dei detenuti, come d'altronde si ricavava già dalla precedente formulazione, deve, infatti, garantire il trattamento rieducativo comune e l'esigenza di evitare influenze nocive reciproche ed in ragione di ciò costituisce un aspetto non marginale nel cammino di risocializzazione.

Tali obiettivi si scontrano, però, con la reale situazione in cui versano gli istituti penitenziari, a comprova di come una riforma non accompagnata da seri interventi di natura economica e strutturale è purtroppo destinata a fallire.

Vanno infine menzionate le modifiche contenute nell'art. 19 ord. penit., rubricato "Istruzione", ove si specifica che tramite la programmazione di iniziative specifiche è assicurata parità di accesso delle donne detenute e internate alla formazione culturale e professionale e nell'art. 31 ord. penit., rubricato "Costituzione delle rappresentanze dei detenuti e degli internati", in cui si precisa che negli istituti penitenziari che ospitano sezioni femminili la rappresentanza comprende anche una detenuta o internata.

²²³ F. Fiorentin, Sul banco di prova l'offerta territoriale dei trattamenti, in Guida dir., 37, 2019, pp. 112-113, secondo cui "La riforma in definitiva, pur introducendo alcune apprezzabili novità dal punto di vista degli strumenti di recupero della persona che ha commesso crimini a sfondo sessuale, sembra puntare decisamente sulla leva dell'intimidazione e della difesa sociale mentre la possibilità di far decollare i programmi di sostegno e di recupero psicologico - che avrebbero un potenziale di riduzione della probabilità di recidiva ben superiore a quello della minaccia di una graviosa punizione penale - restano affidati, essenzialmente, alla buona volontà degli operatori".

Altra categoria soggettiva del tutto pretermessa dall'intervento novellistico del 2018 nonostante indicazioni della delega è quella degli stranieri.

L'art. 19, comma 4, ord. penit. sottolinea solo che speciale attenzione deve essere dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri, anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali, scelta che ha il chiaro scopo di garantire una maggiore partecipazione all'opera di rieducazione, partecipazione che non può mai prescindere dalla conoscenza.

A conforto della multiformità a cui deve ispirarsi il trattamento penitenziario, l'art. 15, comma 1, ord. penit. è stato, infine, integrato, indicando tra gli elementi attraverso cui lo stesso si dipana l'istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la partecipazione a progetti di pubblica utilità, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive, con la imprescindibile specificazione che devono essere agevolati i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.

3.8. Il significato della pena alla luce delle scoperte neuroscientifiche

La visione della pena rischia di cambiare il suo volto alla luce degli studi fatti in ambito neuroscientifico, così come l'art. 27, comma terzo, della Costituzione, rappresenta un caposaldo, all'interno del diritto penale, in tema di funzione retributiva della pena.

Ecco perché venendo messo in discussione un così importante principio ci si chiede che ruolo determinante hanno avuto gli studi di neuroscienze in tal senso; il discorso nel complesso è piuttosto lineare, l'uomo viene punito perché, con coscienza e volontà pone in essere un'azione delittuosa, per questo motivo ne è pienamente responsabile.

In realtà questo assunto viene messo in crisi nel momento in cui ci si rende conto che spesso le azioni sono generate da elementi inconsci del cervello e quindi non è la volontà consapevole dell'uomo a porre in essere alcune tipologie di reati.

Da ciò deriva un quesito di giustizia piuttosto che squisitamente giuridico: fino a che punto l'uomo può essere punito se l'azione compiuta non deriva dalla sua volontà, essendo lo stesso quindi non pienamente consapevole di ciò che è stato creato nella realtà fenomenica? Il dibattito tra neuroscienziati e penalisti, negli ultimi anni, ha raggiunto alcuni punti di contatto; i primi sono giunti ad ammettere che i risultati delle indagini cerebrali possono suggerire da un lato l'assenza del libero arbitrio, ma dall'altro, non sono in grado di rivoluzionare le teorie giuridiche di responsabilità e colpevolezza.

Infatti, una volta capito che un'azione criminosa sia stata determinata come conseguenza di una anomalia del sistema cerebrale, ciò non porta automaticamente alla risoluzione del problema sulla responsabilità penale.

Occorre dire che le scoperte neuroscientifiche potrebbero risultare utili in futuro in vista di una riforma dell'apparato sanzionatorio, fornendo suggerimenti per la predisposizione di apparati sociali in grado di educare al controllo dei sentimenti negati delle reti neurali del cervello.²²⁴.

Per adesso, nonostante i vari dibattiti e lo sforzo compiuto in più ambiti, gli stati emotivi e passionali rimangono un enigma che dovrà risolvere di volta in volta la giurisprudenza.

²²⁴ La *psicofisiologia* ha per oggetto lo studio delle azioni reciproche e delle intenzioni della mente e della materia l'una su l'altra. J. BRAID, the Powee of the mind over the body. An Experimental Inquiry into the Nature and Cause of The Phenomena Attributed by Baron Reichenbach and Others to a " New Imponderable", John Churchill London.

CONCLUSIONI

A conclusione di questo elaborato appare necessario ripercorrere sinteticamente il cammino che la dottrina e l'esperienza giudiziaria ha offerto in merito al rapporto tra neuroscienza e diritto penale.

Si è tentato di tracciare una storia dell'emozioni e di come sono state considerate dal diritto penale; si è visto che i comportamenti umani sono assoggettati alle leggi con riferimento al fatto che le azioni delittuose sono più o meno percepibili dal punto di vista della responsabilità e della soggettiva capacità di intendere e volere. Infatti, la neuroscienza, anche se in modo non sempre univoco e concordante, rappresenta un valido ed utile strumento per garantire un'analisi oggettiva dei fatti.

Le scienze rappresentano da sempre un valore aggiunto per il contributo alla consapevolezza da parte di tutti gli operatori, anche quelli che si occupano di diritto.

Il giudice, infatti, attraverso la cosciente e analitica genetica comportamentale riesce a comprendere le fondamentali fasi evolutive della capacità di intendere e volere del reo; se infatti consideriamo che i metodi neuroscientifici siano capaci di esprimere in modo concreto le reali capacità degli individui di fronte a situazioni assai diverse, anche durante le cosiddette "tempeste emotive", che muovono l'agire di colui che rimane vittima delle pulsioni esterne, non sarà difficile rintracciare nel lavoro svolto tutti quegli elementi che hanno, nel tempo, rappresentato la ricerca di un quadro sempre più precisamente e volutamente rivolto alla verità dei fatti.

Quella che in dottrina si definisce "terza via" è rappresentata da quanto espresso, in modo lineare e concettualmente chiaro, nel saggio monografico di O. Di Giovine, *Ripensare il diritto attraverso le neuroscienze*, 2019, quando si ipotizza che "le neuroscienze siano in grado di riconoscere dall'interno le capacità di intendere e volere del soggetto".

Un ruolo particolarmente rilevante e affidato alle emozioni ed alla capacità dell'individuo di rappresentarsi e di vivere le responsabilità in modo più o meno conforme a quanto previsto dall'articolo 90 c.p.

Si intende dire che attraverso la prova il giudice compie un'analisi emotiva e in quest'ottica la neuroscienza rappresenta un lungimirante strumento per evidenziare malfunzionamenti che potrebbero necessitare un ripensamento dell'inquadramento penalistico dei fatti, sotto il profilo dell'imputabilità e dei comportamenti condizionati dall'impulsività e dal condizionamento del mondo esteriore a cui il reo partecipa in modo non sempre cosciente.

Come abbiamo visto, vi sono momenti in cui emerge una realtà diversa da quella normalmente attribuita alle dinamiche sequenziali di condotta. Ci si riferisce a tutte quelle situazioni in cui sia necessario ponderare lo sviluppo delle responsabilità penali con la configurabilità di disturbi specifici della personalità: nell'affrontare tale arduo compito interpretativo il giudice deve valorizzare quelle situazioni emotive che non possono essere valutate al di fuori di precise sintomatologie patologiche che rappresentino la realtà dei fatti con l'ottica scientifica.

Occorre dunque un ripensamento circa il tradizionale modo di concepire l'imputabilità, alla luce del processo di osmosi tra neuroscienza e diritto.

Tale ripensamento dovrebbe riguardare anche l'elemento soggettivo al quale è dedicata l'indagine scientifica, vale a dire che le neuroscienze cognitive possono evidenziare tutte quelle situazioni dolose dove la volontà del reo viene soppressa o condizionata al punto di non rappresentare un momento di volontà cosciente e quindi non costituire ipotesi di reato.

La messa in discussione delle impostazioni dottrinali tradizionali ha posto la stessa neuroscienza in una posizione di particolare difficoltà interpretativa dovuta alla sua strumentale funzione di supporto rispetto ad altri metodi di analisi dei fatti.

In termini concreti, abbiamo avuto modo di comprendere come le neuroscienze debbano considerarsi, alla stregua di quelle analisi prospettiche del dinamismo comportamentale e, come tali, debba valutarsi la valenza scientifica di tale approccio, non in antitesi con le metodologie di analisi che ricostruiscono ed individuano situazioni di dolo anche in azioni soggettive non definite temporalmente.

In tale ottica, in questa sede, appare opportuno ricordare che, in tema di premeditazione, il rilievo delle emozioni sul piano neuroscientifico conduce a ritenere che l'agente è in antitesi con la superata teoria del "frigido pacatoque animo"²²⁵ che invece considerava la freddezza emotiva come sinonimo di responsabilità ed imputabilità.

Oggi, possiamo ritenere che, attraverso le neuroscienze cognitive, il dolo d'impeto andrebbe escluso nell'area del penalmente rilevante, perché interesserebbe un intervallo temporale brevissimo, in cui lo stesso rimarrebbe superato ogni volta in cui la volontà cosciente si scontra con quella incosciente.

Più precisamente, le recenti analisi neuro scientifiche considerano la coscienza come lo "spatium deliberandi" (ambito operativo) assai ristretto in cui l'agente non sarebbe in condizione di poter misurare il proprio agire in termini di coscienza sufficiente e necessaria a giustificare la responsabilità penale.

Tutta l'analisi sin qui compiuta tende a evidenziare come, seppur in modo empirico, tale ambito operativo possa essere misurabile attraverso un'adeguata rilettura della fase cognitiva del dolo, con l'ausilio di strumenti scientifici, sempre più evoluti e rivolti alla ricerca delle condizioni comportamentali che comprendano anche le sfumature soggettive di una condotta rapportata al vissuto.

Come abbiamo visto, anche la responsabilità colposa ripropone la valenza delle neuroscienze come strumento di valorizzazione della misura soggettiva della responsabilità.

In particolare, le stesse neuroscienze collocano nuovamente al centro il ruolo dei deficit attentivi, precedentemente marginalizzati in un'ottica di globale diminutio, fondata sulla quantificazione del minor danno arrecato alla collettività.

²²⁵ Tradizionalmente, l'espressione designa uno degli elementi della premeditazione (circostanza aggravante), quello psicologico, che consiste nella persistenza del proposito criminoso per tutto il tempo compreso tra il formarsi della risoluzione criminosa e la sua concreta attuazione. L'altro elemento è quello, che si concreta nel decorso di un considerevole lasso di tempo tra il sorgere del proposito criminoso e la sua realizzazione. Oggi, la dottrina non considera più necessario il requisito psicologico, sulla base del rilievo che, in linea generale, non v'è delitto che possa essere commesso senza concitazione.

Si è evidenziata l'esperienza giurisprudenziale più recente in materia, il ruolo delle "tempeste emotive" sono state esaminate dal punto di vista neuro psico patologico, determinando un ripensamento dei modelli tradizionali di condotta, con l'individuazione di tutte quelle situazioni comportamentali che, seppur scaturite da situazioni non espressamente riconducibili al dolo, costituiscono un doveroso momento di riequilibrio tra l'istanza di personalizzare la responsabilità colposa e l'esigenza di non annientare la capacità operativa del soggetto agente.

Per far questo la neuroscienza ha utilizzato, in modo speculare ed attento, l'analisi dei deficit attentivi che prefigura ed illustra quelle violazioni di legge che, pur non rientrando nel novero delle responsabilità penali rilevanti, costituiscono comunque una dimostrazione di palese ed inconfutabile fragilità emotiva, che molte volte scaturisce in ipotesi di reato.

In conclusione, possiamo affermare che il sistema penale può essere migliorato se strutturato anche attraverso il giusto e ponderato utilizzo delle neuroscienze, come momento oggettivo di studio delle dinamiche psicopatologiche, tese a individuare quelle occasioni di personalizzazione del giudizio di colpevolezza, che altrimenti risulterebbero sguarnite dal punto di vista scientifico.

Tutta la dottrina e la giurisprudenza esaminata porta a concludere che l'accertamento del grado di partecipazione al reato costituisce un elemento davvero essenziale per il recupero di quella effettività della pena che garantisce una conseguente "tranquillità sociale", sia dal punto di vista collettivo che individuale.

È questa l'ultima frontiera da superare per affrontare seriamente il problematico rapporto tra neuroscienze e diritto penale.

Conoscere l'esatto ruolo che le scienze neuroscientifiche possono svolgere in tale prospettiva significa raggiungere quella famigerata "certezza del diritto" che, seppur non assoluta, costituisce il ruolo ultimo e fondamentale del giudice e del legislatore, i quali, in qualità di espressione del vivere democratico, rappresentano la concreta espressione che le Istituzioni tutte devono avere, se intendono fattivamente tutelare l'individuo e il suo normale relazionarsi sociale.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Neuroforensics. Exploring the legal implications of Emerging Neurotechnologies, The National Academies Press, 2018.
- Aglioti S.M., Berlucchi G., Neurofobia. Chi ha paura del cervello? Milano, 2013.
- Algeri L., La prova neuroscientifica nel processo penale, ed. Cedam, 2020.
- Bianchi A., Macrì P.G., La valutazione delle capacità di agire, ed. Cedam, 2011.
- Bianchi A., Gulotta G., Sartori G., Manuale di neuroscienze forensi, Giuffrè Editore, 2009.
- Cangiotti A., Il valore delle neuroscienze, ed. Aliribelli, 2020.
- Carlizzi G., La valutazione della prova scientifica, Milano, 2019.
- Caruana F., Borghi A.M., Il cervello in azione, ed. Il Mulino, 2016.
- Churchland P.S., Neurobiologia della morale, Milano, 2012.
- Cominelli L., Cognizione del diritto. Per una sociologia cognitiva, ed. FrancoAngeli, 2016.
- Collica M.T., Vizio di mente nozione, accertamento e prospettive, Giappichelli Editore, 2007.
- Davies W., Stati nervosi. Come l'emozione ha conquistato il mondo, Torino, 2019.
- Di Giovine O., Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze? Ed. Torino, 2019.
- Foucault M., La società disciplinare, ed. Mimesis Eterotopie, 2018.
- Gazzaniga M.S., La coscienza è un istinto. Il legame misterioso tra il cervello e la mente, Milano, 2019.
- Goleman D., Intelligenza emotiva. Che cos'è e perché può renderci felici, Milano, 2016.

- Grandi C., *Neuroscienze e responsabilità penale: Nuove soluzioni per problemi antichi?* Giappichelli Editore, 2016.
- Grasso G., Pascale V., *Neuroscienze e diritto penale*, ed. Guida, 2020.
- Lavazza A., Sammiceli L., *Il delitto del cervello la mente tra scienza e diritto*, ed. Codice, 2012.
- Lodigiani G.A., Mannozi G., *Giustizia riparativa, ricostruire legami, ricostruire persone*, ed. Il Mulino, 2015.
- Mannozi G., Lodigiani G.A., *La Giustizia riparativa: Formanti, parole e metodi*, Giappichelli Editore, 2017.
- Marchetti P., *L'inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, FrancoAngeli, 2014.
- Merzagora Betsos I., *Colpevoli si nasce? Criminologia, determinismo, neuroscienze*, Milano, 2012.
- Mian E., Mantovan G., *Le nuove frontiere dell'imputabilità: Neuroscienze e processo*, ed. Libreriauniversitaria.it, 2016.
- Musumeci E., *Emozioni, crimine, giustizia. Un'indagine storico-giuridica tra Otto e Novecento*, ed. FrancoAngeli, 2015.
- Pajardi D., *Oltre a sorvegliare e punire. Esperienze e riflessioni di operatori su trattamento e cure in carcere*, Giuffrè Editore, 2008.
- Presti D.E., Rusconi E., *Fondamenti di neuroscienze*, ed. Il Mulino, 2019.
- Scarpazza C., Ferracuti S., Miolla A. Sartori G., *The charm of structural neuroimaging in insanity evaluations: guidelines to avoid misinterpretations of the findings*, in *Translational Psychiatry*, 2018.
- Spangher G., *Procedura penale - teoria e pratica del processo*, ed. Utet, 2015.