







Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2021/2022

L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale italiano

Relatore:

Chiar.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Laureanda:

Giorgia Bozzolan



*A me stessa,  
ai sacrifici e alla determinazione che,  
aldilà di ogni circostanza,  
mi hanno condotta verso il mio traguardo.*

*Alla mia mamma e al mio papà,  
senza voi tutto questo non sarebbe stato possibile.*

*A voi, che da sempre mi avete insegnato che un titolo di studio non è tutto,  
ma rende liberi.*

*A Manuel,  
il mio cuore, per esserci sempre stato e per aver creduto in me,  
prima ancora che ci credessi io.*

*Vi voglio bene.*



## INDICE

<b>Introduzione</b>	5
<b>Capitolo I: L'imputabilità</b>	
1. La disciplina dell'imputabilità nel Codice Zanardelli	11
2. La disciplina dell'imputabilità nel Codice Rocco e la correlazione con l'art. 42 c.p.	18
3. Fondamento dell'imputabilità: le diverse teorie	29
4. L'imputabilità oggi e le sue funzioni	38
4.1. Le cause che escludono l'imputabilità	46
4.2. La definizione di capacità di intendere e di volere, il nesso cronologico e quello eziologico	51
5. Cenni alla crisi del concetto di imputabilità	60
6. L'imputabilità ed i diversi orientamenti sul suo inquadramento dogmatico	65
<b>Capitolo II: L'infermità di mente</b>	
1. Il vizio di mente e il concetto di " <i>infermità</i> "	79
1.1. L'evoluzione della nozione di " <i>infermità</i> " alla luce dei diversi paradigmi psichiatrici	85
1.2. L'asciuticità dei diversi paradigmi psichiatrici e la tendenza ad affermare una visione integrata del concetto di " <i>infermità</i> "	96
1.3. Il punto di arrivo segnato dalle Sezioni Unite nel 2005 in tema di disturbi della personalità	102
2. Il vizio di mente parziale	112
3. Gli stati emotivi e passionali	119

3.1. Il contributo delle neuroscienze e lo “ <i>stato di grave turbamento</i> ” nel caso di eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare	127
4. L’accertamento del vizio di mente	131
4.1. Il contributo delle neuroscienze nell’accertamento del vizio di mente	143
 <b>Capitolo III: Il trattamento del reo infermo di mente</b>	
1. Il sistema del doppio binario	159
2. La pericolosità sociale ed il suo accertamento	165
3. Le misure di sicurezza personali detentive	177
3.1. Il trattamento del soggetto seminfermo di mente: l’assegnazione a una casa di cura e di custodia	178
3.2. Il trattamento del soggetto infermo di mente: dall’ o.p.g. alle r.e.m.s.	183
3.2.1. Criticità nella realtà applicativa delle r.e.m.s.	196
3.2.2. La necessaria riforma di sistema delle r.e.m.s.	203
4. La tutela della vittima	213
4.1. La sentenza 29.01.2016 n. 12 relativa al proscioglimento per infermità di mente dell’imputato e soddisfazione della pretesa civilistica. Un caso di “vittimizzazione secondaria”.	223
 <b>Conclusion</b>	 235
<b>Bibliografia</b>	251
<b>Giurisprudenza</b>	257
<b>Legislazione</b>	258





## **Introduzione**

Questo elaborato è il risultato di uno studio approfondito di quello che si ritiene essere il ramo più delicato di ogni ordinamento giuridico. Infatti, imbattersi nel mondo delle norme di natura penale non è mai una cosa semplice, atteso che qui più che altrove, per applicarle correttamente occorre estrema precisione, poiché se interpretate male, si rischia di provocare dei danni irreparabili.

Il presente lavoro, suddiviso in tre capitoli, si occupa dell'istituto dell'imputabilità ed in particolare, della sua principale causa di esclusione: il vizio di mente. Questo è un tema che, più di altri, è estremamente interessante per i risvolti immediatamente pratici che presenta e di notevole implicazione anche rispetto a tutta quella serie di altri istituti giuridici penali di non trascurabile rilevanza, al fine di comprenderne chiaramente contorni e contenuto e quelle sottili linee di confine che fanno una imprescindibile differenza.

Nel primo capitolo si cercherà di analizzare il concetto di imputabilità, una fra le categorie giuridiche più complesse e controverse del diritto penale.

Utile sarà partire dalla prospettiva storica: dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. In secondo luogo, verranno prese in considerazione le teorie a fondamento dell'imputabilità che cercano di spiegare il motivo per cui la legge la esige e per quali ragioni le persone prive della capacità di intendere e di volere sono esenti da pena.

Inoltre, l'attenzione verrà focalizzata principalmente su come oggi è definita ed intesa l'imputabilità, approfondendo i concetti di capacità di intendere e di volere, nesso cronologico e nesso eziologico, ma mettendo in evidenza, prima di tutto, le sue funzioni. In merito a

quest'ultimo aspetto, essa riveste un ruolo fondamentale soprattutto in base al dettato costituzionale, di cui all'art. 27 Cost., sul principio di colpevolezza, presidio garantistico fondamentale che pone al riparo l'individuo dal rischio di dover rispondere di un fatto, di cui non è concretamente in grado di cogliere il disvalore penale o anche solo sociale. Inoltre, sulla base di questa consapevolezza, dovrà fondarsi il percorso di risocializzazione che, sempre in base all'art. 27 Cost., costituisce lo scopo finale della pena. Oltre a questa funzione garantista, l'imputabilità ha anche una funzione di prevenzione, infatti, dato che il soggetto dal momento in cui commette il reato, può essere pericoloso per la società, l'ordinamento deve predisporre dei mezzi in funzione di prevenzione generale e speciale, a prescindere che il soggetto sia imputabile o meno.

Infine, si cercherà di affrontare una questione assai controversa nell'ambito della dottrina italiana, e cioè l'inquadramento dogmatico o la collocazione sistematica dell'imputabilità. Cosa s'intende quando si parla di imputabilità: la capacità di intendere e di volere che cos'è, in realtà? Capacità di diritto penale o dobbiamo spostarci su un piano d'indagine ulteriore? Presupposto della colpevolezza o condizione personale di sottoposizione a pena?

Poi, vi è anche un cenno alla crisi del concetto di imputabilità, che verrà approfondita maggiormente nel capitolo successivo.

Con approccio critico si cercherà di affrontare il tema dell'infermità, ciò che determina il vizio di mente. Il tentativo sarà quello di comprendere che cosa l'ordinamento giuridico penale si aspetta da un soggetto capace di intendere e di volere al fine di qualificarlo imputabile o semi-imputabile.

Già dalla spiegazione del concetto di infermità emergerà uno dei punti nevralgici della dissertazione: il rapporto tra diritto e scienza. Infatti, se si dà per pacifico che l'imputabilità è un concetto sia empirico che normativo, non sarà difficile comprendere come inevitabilmente il diritto penale sia costretto a rivolgersi al mondo scientifico per poter assolvere alla sua funzione nell'ordinamento. Se un tempo, questo rapporto tra diritto e scienza non destava alcun tipo di problema ma, anzi, era fonte di rassicurazione e certezza, in quanto la scienza era considerata certa ed infallibile e, quindi, il giudice si affidava quasi ciecamente alle risultanze scientifiche, da alcuni anni a questa parte è fonte di nervosismo ed interrogativi. Il punto di partenza è la considerazione che la scienza non è più improntata a quella sacrale obiettività che le si accreditava nell'800. Infatti, lontani sono i tempi in cui veniva riconosciuta alla scienza una infallibilità e validità assoluta. Il tutto è determinato dalla mancanza di certezza e scientificità nella risposta epistemologica, poiché accanto al paradigma medico-organicistico che considera il vizio di mente come una malattia di origine organica, si sono affiancati altri due paradigmi, quello psicologico e quello sociologico.

Da ciò, il concetto di infermità mentale ha cominciato ad allargarsi ed il punto di arrivo si è avuto nel 2005 con la sentenza delle Sezioni Unite, che ha incluso nel concetto di infermità anche i disturbi di personalità. Ad oggi infatti, la tendenza è quella di affermare una visione integrata di tale concetto.

Tutto questo, come vedremo, si riverbera sul piano normativo che rischia di non trovare più risposte e soluzioni alle questioni giuridiche. Dunque, il mondo del diritto non può che risentirne gli effetti nelle aule di tribunale e nelle osservazioni della dottrina, tanto che si parla di una

crisi del concetto di imputabilità. Quindi, a fronte di questa situazione caotica nell'intendere il concetto di infermità, come si dovrà orientare il giudice nel giudizio di imputabilità?

Per dar risposta a questo quesito, oltre a questi aspetti sostanziali, ci si interrogherà in ordine anche ai riflessi che l'istituto produce sul piano procedurale, con specifico riferimento alla complessa realtà dell'accertamento peritale e alle dinamiche del rapporto tra giudice e perito nel processo.

Sempre con riferimento all'accertamento del vizio di mente, si terrà in considerazione l'avvento delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità, poiché queste possono offrire un contributo alla dottrina e alla giurisprudenza, al fine di capire quando l'individuo è veramente libero e responsabile delle proprie azioni, quindi imputabile, o piuttosto determinato nel suo agire, e quindi non imputabile. Dato che le neuroscienze conducono verso un'interpretazione del comportamento umano quale risultato di un processo cerebrale, il loro ingresso nel processo penale, ha messo in discussione il principio della libertà di volere, come fondamento del diritto penale e quindi, lo stesso concetto di imputabilità? Oppure, sono uno strumento utile per il giudice a corroborare una perizia psichiatrica?

Non manca poi la trattazione del vizio parziale di mente e degli stati emotivi e passionali. Il primo costituisce una circostanza attenuante del reato, in quanto prevede la riduzione della pena. Per quanto riguarda invece, gli stati emotivi e passionali, quale rapporto li lega con l'art. 85 c.p.? È assodato che questi rilevano ai sensi dell'art. 90 c.p., solo se sono la manifestazione di uno stato patologico. Tuttavia, come si vedrà, da studi neuroscientifici è emersa una soluzione che va in direzione opposta, nel senso che anche gli stati emotivi e passionali in sé

considerati potrebbero, a determinate condizioni, avere un'incidenza sull'imputabilità, dato che il sistema nervoso ha un'importanza rilevante nel plasmare le emozioni.

Per una trattazione esaustiva del tema, il presente lavoro dovrà soffermarsi sul profilo sanzionatorio e, nello specifico, sul necessario trattamento del reo prosciolto per difetto di imputabilità, che come è noto, è diviso tra esigenze di cura e di custodia.

Preziosa sarà quindi una analisi critica del concetto di pericolosità sociale e del suo accertamento. In particolare, utile sarà l'analisi della misura di sicurezza dell'assegnazione a una casa di cura e di custodia, prevista per il seminfermo di mente, e dell'ospedale psichiatrico giudiziario (o.p.g.), per gli infermi totali di mente. Da ultimo, ci si interrogherà sulle ragioni del superamento di questi istituti con le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (r.e.m.s.), nonché sulle criticità applicative di queste nella realtà.

Da ultimo, si analizzerà il tema connesso della tutela della vittima a fronte del proscioglimento dell'imputato per vizio di mente, alla luce di una sentenza della Corte costituzionale (sent. n. 12 del 29.01.2016), da cui è emerso un caso di vittimizzazione secondaria, a fronte del rigetto da parte della stessa della questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente. Senza eccedere i confini del nostro lavoro, il caso paleserà le parallele complesse implicazioni collegate al ruolo della vittima di non semplice risoluzione.

Orbene, le criticità in tema di imputabilità su cui ci si soffermerà sono plurime, non deve stupire sin da subito pertanto ci siano stati negli anni diversi progetti per un nuovo codice penale, nel tentativo di superare l'inerzia legislativa.



# Capitolo I

## L'imputabilità

### 1. La disciplina dell'imputabilità nel Codice Zanardelli

*“Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile.*

*È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere”.*

Questa è la definizione di imputabilità che il codice penale attuale, Codice Rocco, riporta all'art. 85<sup>1</sup>.

Prima di analizzarla, è opportuno ripercorrere l'evoluzione che questo istituto ha subito dagli albori del Codice Zanardelli sino al codice vigente.

Soltanto con il progetto di codice penale del 1887 del Ministro Zanardelli trova riconoscimento il principio che regge tutta la materia dell'imputabilità<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> MARINI G., *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI vol., Torino, 1992, 244-245. Il Codice Zanardelli non definiva in modo esplicito l'imputabilità come oggi è considerata nell'art. 85 del codice vigente. Nell'art. 46 si limitava a richiedere, ai fini della punibilità, che il soggetto al momento del fatto non versasse *“in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti”*. Il legislatore del 1889, in conformità all'insegnamento della Scuola Classica, operava una distinzione tra fatti conformi ad un modello criminoso commessi dal soggetto capace di intendere e di volere e fatti commessi da un soggetto che non si trovasse in tali condizioni. In assenza di *“coscienza e libertà dei propri atti”*, il Codice Zanardelli prevedeva che il soggetto fosse dichiarato *“non punibile e consegnato all'Autorità competente per i provvedimenti di legge”*, sempre che il giudice ritenesse pericolosa la liberazione di tale soggetto. Da ciò, si può osservare come già nell'atteggiamento del legislatore del 1889, vi era una certa tendenza ad attribuire rilevanza anche ai fatti commessi da soggetti non imputabili.

<sup>2</sup> MANZINI V., *Codice penale*, in *Dig. ita.*, vol. VII, parte II, Torino 1929, 509. Relazione Ministeriale sul Libro primo del progetto di codice penale, presentata alla Camera dei deputati dal Ministro Zanardelli, il 22 Novembre 1887. *“Il progetto del 1883 infatti, non conteneva una disposizione generale sull'imputabilità; nel definire i reati e le rispettive circostanze, si era quasi omessa l'enunciazione dell'elemento morale, rimaneva incerto quel principio su cui si regge tutta la materia dell'imputabilità.*

Questo codice evidenziò la convinzione unanime “che la sola esecuzione materiale del fatto non possa ritenersi sufficiente per dichiarare l’autore medesimo colpevole di un reato ed assoggettarlo alla sanzione penale corrispondente”<sup>3</sup>.

Circa il fondamento dell’imputabilità, erano principalmente tre le posizioni dottrinali che si contendevano: quella del libero arbitrio<sup>4</sup>, quella contraria dei deterministi<sup>5</sup> e quella intermedia che prevede il fondamento dell’imputabilità nella volontarietà del fatto, indipendentemente dal libero arbitrio<sup>6</sup>. Alla fine si optò per quest’ultima posizione.

Infatti, coloro che erano tenuti a redigere il progetto del codice penale riconobbero che in alcuni casi, nella condotta di un individuo, non ricorre sempre e soltanto la volontà, ma la prima potrebbe dipendere da altre circostanze, di conseguenza è necessario individuare delle cause che diminuiscano o addirittura escludano l’imputabilità dell’individuo che ha posto in essere il fatto.

Ed è in particolare nell’ambito dell’irresponsabilità per alterazione di mente che il progetto Zanardelli offre le innovazioni più rilevanti.

A fronte di questa premessa, il legislatore era incerto se accogliere il pensiero della Scuola Positiva o quello della Scuola Classica, ma dalla

---

<sup>3</sup> VILLA T., *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del Codice penale*, Torino, 1888.

<sup>4</sup> Per libero arbitrio s’intende che la condotta dell’individuo dipende dalla sua volontà. Quindi, egli avendo la possibilità di scegliere il bene, ha scelto il male e per questo motivo deve essere assoggettato alla pena prevista.

<sup>5</sup> I deterministi erano coloro che appartenevano alla Scuola Positiva, i quali ritenevano che la condotta dell’uomo è preceduta da un insieme di condizioni che la determinano.

<sup>6</sup> ALIMENA B., *Principi di diritto penale*, Napoli, 1912, 150 ss. Con riferimento al libero arbitrio, l’autore afferma che per fondare l’imputabilità penale, possa e debba bastare la coscienza, così come la si trova, senza preoccuparsi dei singoli pezzi che sono serviti per comporla. Inoltre, la responsabilità morale non è altro che imputabilità, perché il fatto si attribuisce al suo autore, come l’effetto che consegue alla causa, però soltanto quando non è esclusa la possibilità di operare altrimenti, per il diverso combinarsi dei motivi.

sua formulazione si può dedurre che il Codice Zanardelli del 1889 è improntato sul modello di diritto penale teorizzato dalla Scuola Classica<sup>7</sup>. Infatti, l'uomo viene considerato come un soggetto razionale, libero nella scelta delle proprie azioni, la cui responsabilità è di tipo morale e la concezione della pena è di tipo etico-retributiva. Ma, qualora l'individuo fosse privo di ogni libertà di scelta e non avesse la possibilità di agire altrimenti, nessun rimprovero potrebbe essergli mosso. In questa prospettiva, il Codice Zanardelli dopo aver definito l'imputabilità, prevedeva anche l'irresponsabilità del reo per un fatto commesso, dovuto ad un'alterazione di mente.

Chiaramente prima del codice definitivo del 1889, il Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, Zanardelli appunto, presentò la disciplina dell'istituto dell'imputabilità alla Camera dei deputati per ottenerne l'approvazione. Il percorso che ha affermato la nozione di imputabilità non fu certo un percorso semplice e lineare a differenza di quello di altri istituti, bensì abbastanza tormentato. Vediamolo un poco.

L'art. 47 relativo all'imputabilità, presentato da Zanardelli alla Camera, recitava: *“Non è punibile colui che, nel momento in cui à commesso il fatto, era in tale stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente da togliergli la coscienza dei propri atti o la possibilità di operare*

---

<sup>7</sup> CASELLA A., *L'imputabilità*, in [www.antonioacasella.eu](http://www.antonioacasella.eu), 13. La Scuola Classica si è sviluppata nel XVIII secolo. Tra gli autori più noti vi sono Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Questa corrente di pensiero considerava la legge come un deterrente al comportamento criminale. La legge aveva la funzione di far in modo che il dovere dei cittadini fosse quello di considerare le conseguenze dei loro comportamenti prima di agire. Era un'impostazione questa, che prevedeva che il cittadino fosse un essere razionale e libero nell'agire. La pena, secondo la Scuola Classica aveva una funzione specifica nei confronti dell'individuo che aveva posto in essere la condotta vietata, nel senso che doveva controbilanciare il "piacere" ottenuto dalla commissione del reato; una funzione generale, nel senso che doveva scoraggiare gli altri potenziali rei nel commettere un simile fatto. I punti cruciali a cui la Scuola Classica si ispirava erano: ogni individuo è libero nel prendere le decisioni e di agire in modo razionale; un crimine è un atto contro il contratto sociale e quindi un'offesa morale contro la società. In questo senso, la pena è utile a prevenire delle violazioni future e quindi, a preservare il contratto sociale.

*altrimenti*”. Venne successivamente modificato dalla Commissione in: “*Non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti*” (art. 46 testo definitivo).

Nel delineare il concetto di imputabilità, per non ricadere su concetti troppo generali ed astratti, era stato adottato un metodo analitico volto a dare una minima definizione dei disturbi psichici per i quali si poteva escludere l'imputabilità. Soltanto in questo modo si sarebbe garantita un'applicazione trasparente e certa delle norme<sup>8</sup> e si sarebbero potuti delineare gli spazi della non imputabilità per vizio di mente<sup>9</sup>.

Infatti, si era ricorso all'utilizzo di termini sintetici, ma specifici: nel progetto erano appunto presenti i termini “*stato di deficienza o di morbosa alterazione di mente*”, mentre nella versione definitiva il termine “*infermità di mente*” che è un termine ancora più sintetico rispetto ai precedenti. Tra l'altro, non a caso venne utilizzato quest'ultimo termine, anzi il senso era proprio quello di evitare un'elencazione casistica e quindi non esaustiva dei disturbi mentali di natura morbosa, ai quali riconoscere efficacia scusante<sup>10</sup>.

Questo era il presupposto biologico-psicologico. Con il termine “*deficienza*” si comprendevano tutti gli stati di mancato sviluppo, sviluppo imperfetto e inazione delle facoltà mentali volte ad escludere l'imputabilità, seppur transitorie. Mentre con i termini “*alterazione morbosa*” ci si riferiva a forme patologiche mentali, permanenti o accidentali, generali o parziali. Infine, il termine “*mente*” indicava tutte le facoltà psichiche dell'uomo<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Poteva infatti succedere che l'evoluzione scientifica non fosse lineare e univoca.

<sup>9</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 366.

<sup>10</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 367.

<sup>11</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 368.

Inoltre, si era definito anche il presupposto psicologico-normativo che riguardava gli effetti derivanti da questo stato di anomalia mentale. Soltanto le anomalie mentali che incidevano sulla capacità di intendere o di volere potevano diminuire o escludere l'imputabilità<sup>12</sup>.

In conclusione, l'uomo era considerato non responsabile quando un'infermità mentale avesse attaccato la psiche, causando la mancanza di coscienza o la mancanza di libertà degli atti.

Inoltre, il Codice Zanardelli prevedeva anche l'istituto della semimputabilità (art. 47) che prevedeva: *“Quando lo stato di mente indicato dall'articolo precedente era tale da scemare grandemente la imputabilità, senza escluderla, la pena stabilita per il reato commesso è diminuita”*.

Questo concetto non ebbe grosse difficoltà ad essere accolto nel nuovo codice, l'unica perplessità che rimaneva era quella di mantenere il termine *“grandemente”* o di sostituirlo con quello di *“stato prossimo”* o di sopprimere qualsiasi riferimento quantitativo circa la diminuita capacità<sup>13</sup>.

Maggiori difficoltà vi erano con riferimento al trattamento dei non imputabili. La Scuola Classica sebbene considerava la pena come un deterrente per i reati, riteneva che non potesse essere applicata ai “folli” i quali non potevano rispondere della loro condotta delittuosa perché la pena era ricollegata alla consapevolezza e colpevolezza. A questa

---

<sup>12</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 368-369. Nella prima versione, infatti: non ogni anomalia escludeva l'imputabilità, ma solo quelle che dipendevano da *“uno stato psichico tale da togliere la coscienza dei propri atti o la possibilità di operare altrimenti”* e nel testo definitivo l'espressione *“possibilità di operare altrimenti”* venne sostituita da *“libertà dei propri atti”*. Quest'ultima sostituzione pareva essere più efficace e la combinazione di *“coscienza e libertà degli atti”* sembrava offrire una barriera più sicura contro il riconoscimento delle manie impulsive, anche queste cause di esclusione dell'imputabilità.

<sup>13</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 371. Alla fine venne deciso il termine *“grandemente”* perché era il termine più chiaro per dire che non qualunque squilibrio psichico avrebbe attenuato la responsabilità.

visione si opponeva quella della Scuola Positiva, la quale riteneva che il delinquente “folle” anche se non imputabile, comunque costituiva un pericolo per la società e quindi lo Stato sarebbe dovuto intervenire sia per difendere la società, quindi in funzione di una prevenzione generale, sia per fornire le cure necessarie al “folle”, quindi in funzione di prevenzione specifica. Era necessario istituire degli istituti volti a eliminare dalla società i soggetti considerati irrecuperabili e curare quelli per i quali poteva essere possibile una riabilitazione.

Per quanto riguarda il trattamento da riservare ai non imputabili per infermità di mente, il progetto Zanardelli all’inizio sembrava appoggiare la posizione positivista a favore dell’istituzione dei manicomi criminali prevedendo che il giudice potesse ordinare per il non imputabile per infermità di mente il ricovero in un manicomio criminale o comune<sup>14</sup>, però la proposta non fu accolta dalle Commissioni parlamentari perché ritenevano che in questo modo si sarebbe attribuito ai magistrati un potere senza limiti. Quindi la successiva formulazione prevedeva che *“il giudice, ove stimi pericolosa la liberazione dell’imputato prosciolto, ne ordina la consegna all’autorità competente per i provvedimenti di legge”*.

L’affidamento all’ *“autorità competente”* consisteva nell’assegnare questi soggetti al ricovero in un manicomio comune, di competenza del giudice civile, una volta che il giudice penale avesse ritenuto il soggetto pericoloso e bisognoso di affidamento<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> I manicomi avevano la funzione di prevenzione generale qualora il reo fosse socialmente pericoloso, ma permettevano anche di non lasciare abbandonato a sé stesso questo individuo, assicurandogli assistenza (anche se in realtà, questi individui venivano abbandonati a sé stessi). Chiaramente per assegnare questi individui ai manicomi, bisognava valutare il loro stato di pericolosità: per i casi ordinari erano previsti i manicomi comuni; per quelli più gravi, quelli criminali.

<sup>15</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 374.

Si può dire infine, che il concetto di imputabilità sia emerso per la prima volta con il Codice Zanardelli, anche se, sia nel progetto che nel codice, mancava una presa di posizione circa gli elementi che concorrono a formare il giudizio di imputabilità.

Tuttavia, questi principi del Codice Zanardelli vennero messi in discussione nel periodo compreso tra le due guerre e successivamente emerse una nuova codificazione, il Codice Rocco, del 1930.

## 2. La disciplina dell'imputabilità nel Codice Rocco e la correlazione con l'art. 42 c.p.

Il Codice Rocco, quello attualmente in vigore, ha un'impronta che deriva dalla Scuola Positiva<sup>16</sup>, pone al centro il soggetto in quanto persona<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> CASELLA A., *L'imputabilità*, cit., 14. La Scuola Positiva si sviluppa a partire dal XIX secolo e i suoi principali esponenti sono Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo. Mentre i classicisti ritenevano che gli individui fossero razionali e quindi, in grado di scegliere tra il bene e il male; i positivisti ritenevano che il comportamento umano fosse determinato da tratti biologici, psicologici e sociali. Tra coloro che studiavano la criminalità da una prospettiva positivista, elemento comune era l'uso di tecniche di ricerca scientifica, e alla base dello studio del comportamento umano veniva posta la teoria dell'evoluzione avanzata da antropologi e biologi. I positivisti assunsero una posizione deterministica verso il comportamento, non concordi quindi, con la concezione dei classici, i quali ritenevano che gli esseri umani sono persone razionali e libere di scegliere. La pena non aveva più una funzione deterrente, perché se il comportamento di un individuo non era basato su decisioni razionali, che funzione poteva avere la pena? Bisognava quindi, trovare i fattori che stavano alla base del comportamento criminale, per rimuoverli o curarli. Potremmo dire che essendo i positivisti deterministi, il delitto non configurava come l'espressione di una libera scelta del soggetto, ma era la manifestazione di diverse cause. Infatti, alla base del diritto penale non vi era più la responsabilità etica, ma la pericolosità sociale; PAVAN G., *L'imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata da SS.UU. 25.1.2005 n.9163 e l'estensione dell'infermità ai gravi disturbi della personalità.*, in *Ind. pen.*, 2008, 315. Cesare Lombroso nella sua teoria del "delinquente nato", prevedeva che il delinquente non è tale in quanto liberamente vuole il male e si rende colpevole, ma in quanto è spinto al delitto da una necessità insita nel suo organismo fin dalla nascita. Riteneva che tutti i delinquenti non possono comprendere appieno il comando della norma e adeguarsi ad esso in quanto determinati al delitto.

<sup>17</sup> MARINI G., *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Torino, 1992, 247-249; MARINI G., *Imputabilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 3-4. Arturo Rocco afferma, in sede di lavori preparatori, che ai fini dell'accertamento dell'imputabilità, è sufficiente che l'azione sia volontaria, e che colui che l'ha posta in essere abbia l'attitudine psicologica di volere. Questo perché, non si può concepire una volontà senza causa, che nasce dal nulla, perché anche la volontà umana non si sottrae alla legge di causalità che governa tutti i fenomeni. Tuttavia, c'è una differenza tra causalità e causalità, tra determinazione e determinazione. Perché c'è un determinismo fisico che governa i movimenti fisiologici del corpo, agendo come stimolo, ed un determinismo psicologico che è determinazione secondo cause psicologiche. Cioè motivi coscienti che determinano la volontà umana. Nel codice attuale, è stata mantenuta la pena, intesa come corrispettivo per l'azione delittuosa commessa dal soggetto imputabile, il quale ha agito in forza di una scelta libera e consapevole e la misura di sicurezza come conseguenza di un fatto commesso dal soggetto non imputabile, cioè incapace di intendere e di volere. Questo aspetto ha un significato, cioè che il fondamento dell'imputabilità dell'agente sta nella sua libertà di determinarsi. Ma di fatto, il legislatore del 1930 non ha aderito né alle conclusioni della Scuola Classica, né a quelle della Scuola Positiva. Perché da un lato, si allontana dai postulati della Scuola Classica, ammettendo la natura di reato dei fatti conformi ad un modello criminoso commessi da un soggetto, quali che siano le condizioni psicofisiche del relativo substrato empirico; dall'altro, il legislatore respinge anche l'impostazione positivista di

Le esigenze dello Stato fascista e l'urgenza di fronteggiare la criminalità che chiaramente era aumentata nel periodo post-bellico, avevano predisposto il legislatore a prevedere accanto alle tradizionali misure di repressione, nuovi mezzi per la prevenzione della criminalità. Infatti, accanto alla pena vennero introdotte delle misure di sicurezza, aventi come presupposto la pericolosità sociale. Da ciò risultò un dualismo tra delinquenti colpevoli e responsabili e delinquenti non responsabili, ma pericolosi. È questo il sistema del c.d. doppio binario<sup>18</sup>. Infatti, l'incidenza della Scuola Positiva nel Codice Rocco si può notare soprattutto nell'introduzione delle misure di sicurezza da applicare ai soggetti considerati socialmente pericolosi, anche se non imputabili<sup>19</sup>. Il Codice Rocco aveva segnalato con l'introduzione delle misure di sicurezza, come le pene erano risultate non idonee a combattere i gravi fenomeni di criminalità, e quindi vi era la necessità di predisporre

---

parificazione del trattamento degli autori di fatti di reato in funzione della pericolosità nei medesimi accertata, mantenendo un regime sanzionatorio differenziato, per finalità e caratteri, in base alle qualità o condizioni del substrato empirico dell'agente. Questo atteggiamento del legislatore di mediare tra le opposte posizioni dottrinali, spiega perché ai due binomi imputabilità/pena e non imputabilità più pericolosità/misura di sicurezza, non corrisponde sempre la relativa contrapposizione capacità di intendere e di volere/ pericolosità sociale, dato che non sempre, al momento del commesso reato, l'imputabilità ha come presupposto naturalistico la capacità di intendere e di volere, in altre parole, la presenza o l'assenza della capacità di intendere e di volere costituisce un dato discriminante tra l'applicabilità e la non applicabilità della pena. Se quindi, si vuole cogliere un aspetto coerente, questo è da individuare esclusivamente nella impossibilità di specializzare la sanzione (misura di sicurezza) nel senso della prevenzione speciale, allorché nel soggetto si accerti la presenza della capacità di intendere e di volere, anche se questa, per fatto censurabile dall'agente, sia stata assente al momento in cui è stato commesso il reato. In definitiva, con il codice del 1930, è rimasto sostanzialmente fermo il postulato tipico della Scuola Classica, che prevede l'esclusiva castigabilità del soggetto che, delinquendo, abbia agito liberamente o che in condizioni di non libertà si sia posto per fatto riprovevole proprio, ma ciò, non ha impedito al legislatore di estendere l'ambito del magistero penale anche all'illecito realizzato da soggetti privi di tale libertà, avendo predisposto un diverso e specializzato trattamento sanzionatorio finalizzato alla prevenzione speciale. Questa scelta di politica legislativa, si è espressa nell'ampliamento della sfera di garanzia della società, perché da un lato viene intensificata la tutela degli interessi penalmente rilevanti, e dall'altro, si assicura all'autore del fatto il godimento di tutte le garanzie sostanziali, tra cui le limitazioni di punibilità, previste per i soggetti imputabili.

<sup>18</sup> PAVAN G., *L'imputabilità*, cit., 317.

<sup>19</sup> La Scuola Positiva postulava la lotta contro la criminalità, ma allo stesso tempo riteneva opportuno sostituire alla pena, misure di sicurezza che prevedessero dei trattamenti individualizzati per ogni singolo caso.

accanto alle tradizionali misure di repressione, nuovi mezzi di prevenzione. La misura di sicurezza venne utilizzata sia in luogo della pena, sia aggiunta a quest'ultima.

Infatti, aveva previsto per i soggetti non imputabili, ma pericolosi, l'applicazione obbligatoria ed a tempo indeterminato del ricovero in un manicomio giudiziario e, per i soggetti semi-imputabili, l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, affiancando quest'ultima alla pena, anche se diminuita.

Per quanto riguarda la disciplina dell'imputabilità per infermità di mente, questa rimase bene o male invariata.

Il legislatore introdusse l'art. 85 che fornisce una definizione di soggetto imputabile e l'istituto della imputabilità venne collocato nel titolo dedicato al reo. Infatti, quest'ultimo aspetto ha posto dei dubbi circa l'inquadramento dogmatico del concetto di imputabilità, di cui si dirà nei prossimi paragrafi.

Anche il legislatore del 1930 prevede che se il fatto viene compiuto da un soggetto che in quel momento è incapace di intendere e di volere, non è soggetto a pena. Quindi, la colpevolezza è esclusa.

Ma le differenze riguardano: l'ubriachezza volontaria perché il Codice Zanardelli prevedeva l'applicazione della pena in misura inferiore ad un sesto (art. 48.2) quindi era prevista la riferibilità delle norme sul vizio totale o parziale<sup>20</sup>, mentre il codice attuale non riconosce rispettivamente nessuna efficacia escludente o attenuante la capacità di intendere e volere quando l'ubriachezza è volontaria; il minore d'età, perché il Codice Zanardelli prevedeva una presunzione di non imputabilità per i minori di anni nove, mentre con il Codice Rocco, l'età

---

<sup>20</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale. Parte generale -I, 2- Il reato*, 2021, 368.

venne elevata a quattordici anni<sup>21</sup>. Inoltre, nel Codice Rocco viene introdotto l'art. 90 che nega agli stati emotivi e passionali di incidere sull'imputabilità, a meno che tali stati dipendano da una vera e propria infermità di mente<sup>22</sup>.

Bisogna inoltre, fare una considerazione circa la correlazione che intercorre tra l'art. 85 e l'art. 42<sup>23</sup> del codice penale.

L'art. 42 del c.p. disciplina la c.d. “*suitas*”<sup>24</sup> della condotta, con tale termine si deve intendere che vi sono delle persone astrattamente e

---

<sup>21</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve*, cit., 368.

<sup>22</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 379-380.

<sup>23</sup> L'art. 42 del c.p. Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva: 1. “*Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà*”.

<sup>24</sup> CRESPI A., *L'imputabilità*, in *Enc. dir. Giuffrè*, XX, Milano, 1970, 764-766. Nella compilazione del codice sono state utilizzate delle formule ambigue con riferimento all'art. 85 e 42 c.p. Quest'ultimo prevede che nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Più di qualche commentatore si è chiesto in che cosa questa formula si distingue da quella usata per definire l'imputabilità, o se, la capacità di intendere e di volere altro non è che la coscienza e volontà richieste per la punibilità della condotta. Tra l'altro, fra i cultori delle discipline criminologiche, è sorto il dubbio che si trattasse di espressioni equivalenti. Il problema del coordinamento fra le due disposizioni, non era di certo sfuggito ai redattori del codice, i quali fecero presente che tra le due disposizioni intercorreva la stessa differenza che in diritto privato c'è tra le norme che regolano la capacità di contrattare e quelle che disciplinano il consenso, quindi, mentre l'art. 85 disciplina la generica capacità di agire nel campo penale senza riferimento ad un determinato fatto concreto, l'art. 42 prevede l'effettiva volontà del caso concreto, quindi si tratterebbe di due posizioni diverse di volontà. Nell'imputabilità, la volontà è considerata al momento della possibilità, mentre nella effettiva responsabilità penale, la volontà è considerata nel momento della sua attuazione. Nelle disposizioni di cui agli artt. 85 e 42 c.p. non appare evidente il duplicato che si è ravvisato, perché il primo considera soltanto la presenza o la assenza di determinate condizioni del substrato empirico del soggetto, richieste esclusivamente per l'applicabilità della pena, mentre il secondo, consente di controllare l'attribuibilità o meno di un determinato comportamento, positivo o negativo, alla volontà dell'agente. Poi ancora ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020, 255-256. La condotta, sia che consista nell'azione o nell'omissione, deve essere retta in modo che sia qualificata “umana” dal requisito della coscienza e volontà. Il requisito della coscienza e volontà si definisce anche *suitas*, che significa appartenenza della condotta al soggetto. La coscienza e la volontà mancano ogni qual volta il soggetto sia nelle condizioni di non poter esercitare alcun controllo sul proprio comportamento, né poteva farlo in un momento antecedente al manifestarsi delle singole cause di esclusione della coscienza e volontà della condotta, tra le quali: atti istintivi e atti riflessi, malori fisici o psichici, forza maggiore, costringimento fisico; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 345-346. L'imputabilità si distingue dalla “coscienza e volontà” dell'azione di cui all'art. 42.1 c.p. Queste ultime sono condizioni dell'attribuibilità psichica di una singola azione od omissione al suo autore, mentre l'imputabilità, intesa come capacità di intendere e di volere, è una qualità

---

personale dell'autore che permette di qualificare colpevole un comportamento già ascrivibile a lui come cosciente e volontario; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 297-298. La coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p. non è un inutile duplicato della capacità di intendere e di volere, richiesta dall'art. 85 per l'imputabilità. Quest'ultima è uno *status* personale, la prima invece, riguarda il rapporto specifico tra volontà del soggetto ed un determinato atto. Infatti, un individuo può essere imputabile e compiere un'azione senza coscienza e volontà, questo avviene ad esempio, nei casi di sonnambulismo, forza maggiore... Senza la prima manca la capacità di pena, mentre senza la seconda, la capacità ad ogni conseguenza penale; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 340-345. La disposizione di cui all'art. 42.1 c.p. è indispensabile poiché afferma il principio secondo cui per il sorgere della responsabilità penale è indispensabile il concorso della volontà. "La volontà, la quale presuppone la coscienza, nel nostro ordinamento giuridico segna il limite fra il reato e il non reato". Ci si è domandati in che cosa consistono la coscienza e la volontà di cui all'art. 42 c.p. Di solito, si ritiene che l'azione o l'omissione, al fine di costituire un reato, deve essere volontaria. Ma, si è detto, che non è proprio necessario che l'atto sia voluto, basta che derivi da un impulso volontario, o meglio, basta che l'individuo sia stato volontariamente attivo o inattivo. Questo vuol dire che per la volontarietà della condotta, è sufficiente che questa tragga origine da un impulso cosciente. Tuttavia, Antolisei ritiene che questo concetto non risponde alle esigenze del diritto penale, poiché è troppo ristretto, in quanto esclude tutti gli atti che non sono preceduti dalla chiara nozione di un fine, quindi: gli atti automatici, cioè gli atti riflessi, istintivi ed abituali, poiché non è difficile dimostrare che atti di questo tipo possono essere rilevanti per il diritto e costituire la base di un reato.

Egli ritiene che bisogna considerare che la psicologia ha accertato che non tutti gli atti che si svolgono al disotto della zona lucida della coscienza sono indipendenti dal volere. Molti di essi con un intervento dell'energia interiore possono essere inibiti. Anche gli atti riflessi entro certi limiti possono essere influenzati dalla volontà, anche gli atti istintivi e quelli abituali. Il potere della volontà sugli atti automatici non è senza limiti. Ci sono movimenti incoscienti che non possono essere regolati e neanche inibiti dal volere. Quindi, gli atti automatici, positivi o negativi, devono essere distinti in due gruppi: nel primo gruppo, rientrano gli atti che possono essere impediti dalla volontà mediante i suoi poteri di arresto e di impulso, mentre nel secondo gruppo, rientrano gli atti che si svolgono al di fuori di ogni possibile controllo del volere. Soltanto gli atti di quest'ultimo gruppo, sono estranei alla volontà del soggetto, poiché questa non è in grado di regolarli, di influire sulla loro verifica o meno. Invece, gli atti del primo gruppo, non possono considerarsi estranei alla volontà. Essendo dovuti ad un mancato o incompleto intervento dell'energia psichica, il loro verificarsi sta a dimostrare che la volontà non si è spiegata come sarebbe stato possibile. In quanto rivelano un aspetto negativo, una deficienza del volere, anche essi risalgono al volere, del quale rispecchiano un atteggiamento. Fin quanto detto sino ad ora, si può dedurre che sono attribuibili alla volontà non soltanto gli atti che traggono origine da un conato cosciente, ma anche quelli che derivano dall'inerzia del volere. "Affinchè un atto sia rilevante per il diritto e possa dar luogo a responsabilità penale, non occorre che tragga origine da uno sforzo consapevole, come ritiene una parte della dottrina: basta che sia attribuibile al volere nel senso che abbiamo precisato e cioè per due ragioni": la prima, "il precetto penale comanda all'individuo di fare quanto è in lui perché non si verifichi il fatto vietato, e quindi, anche di tendere, per quanto è possibile le sue energie psichiche a tale scopo"; in secondo luogo, "il diritto imputa all'uomo non solo ciò che egli ha fatto, ma anche ciò che non ha fatto e poteva fare". Nell'attribuibilità al volere (*suitas*) consiste il nesso psichico che è il primo fattore dell'elemento soggettivo del reato. Questo nesso sussiste quando l'atto esterno è dovuto ad un impulso cosciente, ma anche quando con un conato del volere poteva essere impedito. Invece, tale nesso, non sussiste in quegli atti che la coscienza non ha avvertito e non poteva avvertire nemmeno con uno sforzo dell'attenzione, e in quegli atti che, anche se sono stati avvertiti dalla coscienza, sono determinati da una forza fisica, fisiologica o psichica che è superiore al potere della volontà; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 638. La coscienza e la volontà di cui all'art. 42.1 c.p. è un requisito del fatto di reato. Se dovesse mancare impedirebbe il completarsi del fatto e quindi escluderebbe che si possa configurare ogni illecito

virtualmente imputabili che nel caso concreto non rispondono delle loro azioni. Infatti, le disposizioni relative all'elemento psicologico del reato (art. 42) considerano la volontà effettiva e concreta del fatto, necessaria perché l'individuo, capace quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere di un fatto determinato.

La presenza della coscienza e volontà svolge una funzione selettiva delle condotte penalmente rilevanti ed è elemento imprescindibile per fondare la responsabilità per qualsiasi reato. Coscienza e volontà vanno riferite esclusivamente all'azione o all'omissione. Se sussiste coscienza e volontà dell'azione o omissione si può dire che è opera sua, o perché ne era effettivamente cosciente e l'ha voluta o perché avrebbe potuto comunque evitarla, se avesse prestato maggiore attenzione.

La *suitas* della condotta, cioè l'elemento della coscienza e della volontà dell'azione o omissione non sussiste in tre casi: in presenza di forza maggiore, ossia una forza della natura improvvisa, alla quale il soggetto non può resistere, né sottrarsi. È il caso tipico di chi viene spostato da

---

penale, non ha importanza se sanzionato con la pena o la misura di sicurezza. Invece, la capacità di intendere e di volere di cui all'art. 85 c.p. è un presupposto per attribuire al soggetto un illecito sanzionato con pena. Se manca, il fatto è comunque completo, quindi si potrà attribuire al soggetto un illecito sanzionato con misure di sicurezza. Il legislatore istituendo l'art. 42.1 c.p. "si è preoccupato di evitare che un soggetto possa essere punito quando, sebbene il suo volere risulti tipico rispetto ad una fattispecie penale e il divenire esteriore appaia, in astratto, come la realizzazione di quel volere, tuttavia la mancanza del dominio coscientemente finalistico sull'atteggiamento corporeo del soggetto, rende, in concreto, il momento materiale indipendente dal momento psicologico". Questo discorso vale non solo per i reati dolosi, ma anche per i reati colposi, solo che la realizzazione del volere non è costituita dall'evento colposo. Il volere tipico è il volere in concreto imprudente, negligente. Ed è la proiezione di questo volere nel mondo esterno a costituire la realizzazione esteriore richiesta per l'esistenza della condotta illecita. Il collegamento tra aspetto interno ed esterno della condotta va ricercato in un momento anteriore, in cui il soggetto proietta nel mondo esterno quella volontà che risulta negligente, imprudente, imperita, e non ricercato nel punto in cui dall'atteggiamento corporeo comincia a svolgersi la serie causale che porta all'evento colposo. Si può quindi dire, che l'esclusione della responsabilità ai sensi dell'art. 42.1 c.p. per i reati colposi, si può avere solo quando l'atteggiamento corporeo su cui si innesta la realizzazione della volontà negligente, imprudente, imperita, non è sorretto dalla coscienza e dalla volontà.

una improvvisa raffica di vento, cagionando una lesione alla persona contro la quale si scontra.

Non sussiste coscienza e volontà anche nel caso di costringimento fisico, cioè un costringimento fisico radicalmente ablatorio della volontà, tale appunto da non consentire al soggetto alcuna libertà di scelta. L'esempio è quello di chi viene costretto a firmare un documento attraverso la costrizione fisica della mano.

La terza situazione in cui manca la *suitas* è lo stato di incoscienza indipendente dalla volontà, ad esempio si ha quando un soggetto è colpito da un malore improvviso in auto. Il malore improvviso viene qualificato come un'accidentalità non conoscibile e non eliminabile con l'uso della comune prudenza e diligenza, che opera imprevedibilmente e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente.

Questi tre casi evidenziano come in assenza di coscienza e volontà la condotta non possa essere considerata propria del soggetto ed è opera delle forze della natura, nel caso di forza maggiore, dell'autore del costringimento fisico, nel caso del costringimento fisico oppure è l'effetto dello stato di incoscienza, nel caso di stato di incoscienza indipendente dalla volontà.

La *suitas* è un elemento soggettivo strettamente connesso all'azione o all'omissione, e mancando la coscienza e la volontà, viene meno la condotta penalmente rilevante, viene cioè a mancare un elemento oggettivo del reato, la condotta appunto. La conseguenza è che il soggetto deve essere assolto perché il fatto non sussiste<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> PELISSERO M., *Condotta ed evento*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020, 213-216.

Alla luce di questi aspetti, si può giungere alla conclusione che l'art. 85 c.p. presuppone per l'accertamento della responsabilità penale, la sussistenza nel reo, di uno *status* personale denominato imputabilità e qualificato come la capacità di intendere, cioè di rendersi conto del rilievo sociale delle proprie azioni e di volere, ossia capacità di autodeterminarsi liberamente nel fare quanto si ritiene opportuno dover fare. Questo concetto di imputabilità richiede la presenza di entrambe le attitudini e deve essere distinto dal concetto di *suitas*, ecco il punto cruciale, perché questa è intesa dall'art. 42 c.p. come coscienza e volontà dell'azione od omissione, riguarda il rapporto tra il volere del soggetto ed un determinato atto, cioè consente di attribuire o meno un determinato comportamento alla volontà dell'agente; mentre, l'imputabilità riguarda un modo di essere della persona e si riferisce alla maturità psichica e sanità mentale di quest'ultima. Nel primo caso si spiega perché anche il soggetto imputabile può agire senza coscienza e volontà, come nei casi sopra riportati di forza maggiore, costringimento fisico o stato di incoscienza indipendente dalla volontà.

In poche parole, la *suitas* di cui all'art. 42 c.p., non è altro che la volontà effettiva e concreta del fatto, necessaria perché l'individuo, in genere capace e quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere di un fatto determinato; mentre l'art. 85 c.p. regola la generica capacità di agire nel campo penale, senza riferimento ad un determinato fatto concreto. Difatti, quando si tratta di indicare l'elemento psicologico del reato, questo è indicato nella coscienza e nella volontà dell'azione o dell'omissione, invece, quando si tratta di individuare il presupposto della responsabilità, cioè la capacità di essere soggetto di diritto penale,

è necessario indicare oltre che la capacità di volere, anche quella di intendere<sup>26</sup>.

Qualche autore, tra cui Maggiore, ha ritenuto che le due disposizioni sono un inutile duplicato, ritenendo che la coscienza e la volontà richiesta nell'art. 42 c.p. sia la stessa cosa della capacità di intendere e di volere di cui all'art. 85 c.p.<sup>27</sup>. Tuttavia, come riportato sopra, la concezione unanime è che l'imputabilità è una condizione personale, uno *status*, mentre la coscienza e la volontà di cui all'art. 42 c.p. implicano un rapporto tra il volere del soggetto e un determinato atto. Viene mantenuto anche l'istituto della semi-imputabilità (art. 89 c.p.), perché se mancasse una disposizione di questo tipo che si riferisce a situazioni di infermità correlate a condizioni psichiche minori o intermedie, si darebbe luogo a disparità di trattamento perché a seconda della maggiore o minore comprensione dei casi, nei limiti dell'applicabilità del vizio totale di mente, il concetto di normalità, o si estenderebbe eccessivamente o si restringerebbe al punto che, la maggioranza degli uomini diverrebbe non imputabile<sup>28</sup>.

Inoltre, per quanto riguarda il profilo sanzionatorio dei soggetti semi-infermi di mente, il legislatore del '30 sentiva la necessità che venisse introdotto un trattamento più opportuno che fosse in grado di contemperare le condizioni dei soggetti con la massima tutela della società di fronte alla pericolosità di questi individui. Alla luce di questa esigenza, il Ministro di Giustizia Rocco, si era orientato verso il sistema del doppio binario, cioè si partiva dal presupposto che per gli infermi di mente la pena presuppone la capacità di volere, che costoro non hanno,

---

<sup>26</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 382-383.

<sup>27</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 611.

<sup>28</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 386.

oppure, per quanto riguarda gli infermi semi-imputabili, hanno, ma in modo ridotto e quindi, rispettivamente non può colpirli o colpirli in modo ridotto<sup>29</sup>, ma li colpisce la misura di sicurezza, che non deve essere considerata una sanzione giuridica, bensì un mezzo di difesa sociale e di prevenzione speciale<sup>30</sup>.

In conclusione, nel codice penale del 1930 è rimasto un punto fermo, cioè il fatto che la punibilità riguarda soltanto ed esclusivamente i soggetti delinquenti che abbiano agito liberamente, senza l'intervento di fattori che non dipendono dalla loro volontà. Se questi soggetti sono considerati pericolosi per la società, il codice ha adottato un trattamento in funzione sia di prevenzione generale, sia speciale.

Invece, per quanto riguarda i soggetti che hanno agito indipendentemente dalla loro volontà, anche questi alle volte possono essere pericolosi per la società, quindi il codice ha previsto pure per questi la sottoposizione a misure di sicurezza, cioè un trattamento in funzione della prevenzione generale e speciale, dato che la pena non può essere applicata perché presuppone la colpevolezza e questi soggetti colpevoli non sono, perché non hanno agito secondo la loro volontà, ma in relazione a diversi fattori scaturiti in loro.

L'innovazione maggiore sta nel fatto che il legislatore del '30 fissa per entrambi i soggetti, non-imputabili e semi-imputabili, una presunzione

---

<sup>29</sup> Infatti, l'art. 89 prevede che nel caso di un fatto commesso da un infermo per vizio parziale di mente, la pena è diminuita.

<sup>30</sup> In questa prospettiva si era superato il dissidio tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva. La prima riduceva tutto alla pena e ammetteva le misure di sicurezza soltanto come misure preventive di polizia che erano affidate alla Pubblica Amministrazione, mentre la seconda aveva soppresso la pena e ridotto tutto a misura di sicurezza. "Noi crediamo che non si possa sopprimere la pena, anzi che la pena debba restare sempre il mezzo fondamentale di difesa della società; ma, accanto alla pena, consentiamo di accogliere nel codice penale le misure di sicurezza. Pena e misure di sicurezza debbono coesistere come due diverse forme di difesa dello Stato nella sua lotta contro la criminalità". Questa è una parte del Discorso del Ministro della Giustizia, rinvenibile in BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 390.

assoluta di pericolosità sociale in relazione al tipo e alla gravità del reato. Inoltre, fissa anche un termine minimo di durata del ricovero che nei casi più gravi non può essere inferiore a dieci anni. In riferimento a quest'ultimo aspetto ci fu l'obiezione circa il fatto che questa durata fosse eccessiva, senza tra l'altro, la possibilità di accertare una eventuale guarigione nel frattempo intercorsa. Il Ministro di Giustizia e affari di culto aveva replicato: "se si consentisse di accertare la guarigione prima del decorso del termine minimo, la pericolosità non sarebbe più presunta, e quindi ne rimarrebbe alterato il sistema. Né si deve dimenticare che la guarigione dell'infermità di mente è talora soltanto apparente, o precaria, come è dimostrato da non rari delitti, talvolta atrocissimi perpetrati da persone dimesse da manicomi perché ritenute guarite"<sup>31</sup>.

Con l'introduzione delle misure di sicurezza, la legislazione penale italiana sembrava costituire un esempio per le riforme internazionali.

---

<sup>31</sup> Discorso del Ministro di Giustizia e affari di culto, Rocco, rinvenibile in BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 391-392.

### 3. Fondamento dell'imputabilità: le diverse teorie

La domanda legittima che ci si potrebbe porre è: perché la legge esige l'imputabilità e per quali ragioni le persone prive della capacità di intendere e di volere sono esenti da pena?

La risposta non è semplice da dare perché quello dell'imputabilità è un tema tra i più ardui e dibattuti nell'ambito del diritto penale. È stato un interrogativo sollevato e discusso molto anche dai filosofi vista la sua importanza, dovuta al fatto che ha dei legami molto stretti con la questione della natura e della funzione della pena. Per questo motivo, ci sono state diverse teorie circa il fondamento dell'imputabilità.

Secondo la teoria più antica che ha dominato per molto tempo e tuttora ha seguaci, il fondamento dell'imputabilità altro non è che la libertà del volere, il c.d. *libero arbitrio*.

La teoria afferma che la pena, in quanto castigo, presuppone che l'uomo era cosciente e libero nel momento in cui ha commesso il fatto. In altri termini, potremmo dire, che egli ha scelto consapevolmente e liberamente il male quando aveva la possibilità di scegliere il bene. Tuttavia, secondo i seguaci di questa teoria, la libertà di scegliere se agire in un modo piuttosto che in un altro, difetta in tutti quegli individui che non hanno un sufficiente sviluppo intellettuale o sono affetti da gravi malattie psichiche. In questo senso, non essendo i soggetti liberi di autodeterminarsi, di scegliere, non possono essere puniti perché la pena presuppone che il soggetto ad essa sottoposto sia consapevole. Inoltre, quando la libertà è notevolmente limitata, come avviene ad esempio nei semi-infermi di mente, la pena per ragioni di giustizia deve essere diminuita.

Questa teoria presuppone che il problema del libero arbitrio sia risolto in modo affermativo, nel senso che l'uomo è considerato padrone delle proprie azioni<sup>32</sup>. Secondo invece la teoria contraria, quella dei deterministi, il presupposto è il principio di causalità, per il quale nessun fenomeno può verificarsi senza che sia stato preceduto da un insieme di condizioni che lo determinano necessariamente. Alla luce di queste diverse prospettive, attualmente la questione è ancora aperta perché non si sa con certezza se la nostra coscienza di essere liberi sia una realtà o un'illusione<sup>33</sup>.

Essendo il problema del libero arbitrio ancora irrisolto, molti autori hanno cercato di fondare l'imputabilità su altre basi.

Tra le teorie più rilevanti, ci sono quelle della normalità, identità personale e intimidabilità<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 551. La Scuola Classica muove dal postulato del libero arbitrio, cioè dell'uomo assolutamente libero nella scelta delle proprie azioni, essa pone alla base del diritto penale la responsabilità morale del soggetto quale rimproverabilità per il male commesso e, di conseguenza, la concezione etico-retributiva della pena. I tre principi su cui si basa sono: la volontà colpevole, il reato non è altro che la violazione cosciente e volontaria della norma penale. Affinché la volontà sia colpevole occorre che sia libera. Infatti, il libero arbitrio è il fulcro del diritto penale; l'imputabilità, affinché ci sia volontà colpevole è necessario che l'autore del fatto abbia la capacità di intendere il valore etico-sociale delle proprie azioni e di determinarsi liberamente, senza l'incidenza di fattori interni ed esterni; la pena è considerata come una necessaria retribuzione del male compiuto, e quindi dovrà essere afflittiva, personale, proporzionata, determinata, inderogabile. L'atto di volontà, se libero, non può giustificare alcun giudizio di previsione sulla sua ripetibilità.

<sup>33</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 612.

<sup>34</sup> MARINI G., *Imputabilità*, cit., 246-247. Il rapporto tra imputabilità e assoggettabilità a pena è stato spiegato in dottrina o tramite il principio del libero arbitrio, oppure rifacendosi ad altre teorie meno rigide. Per esempio: la *teoria dell'intimidabilità*, che riconosce nell'agente, la capacità di avvertire la coazione del precetto penale; la *teoria dell'identità personale* che considera la condotta dell'agente conforme alla sua personalità; la *teoria della normalità* del soggetto, che considera l'imputabilità come il risultato della normale reattività del soggetto agli stimoli o controstimoli all'azione criminosa vietata dall'ordinamento. Sono tutte teorie che sono volte a giustificare la responsabilità del soggetto. Nei confronti di ciascuno di questi enunciati sono state mosse censure, ad esempio per il fatto che vi siano dei contrasti tra esse. Queste teorie sono emerse perché il dilemma di quando si tratta l'imputabilità, rimane sempre l'ammissibilità o meno del libero arbitrio, quindi tali teorie si riducono o a meri travestimenti verbali del principio, o a formule con cui si cerca di eludere il problema, credendo di superare i dubbi e le discussioni da esso suscitate. Rimane quindi, la distinzione tra posizioni legate all'enunciato del libero arbitrio, inteso come momento fondante la responsabilità dei soggetti per i fatti da costoro commessi e altre posizioni

La teoria della *normalità* considera l'imputabilità come la capacità di determinarsi. Quindi imputabile è solo l'uomo che reagisce normalmente a motivi, quindi l'uomo spiritualmente sano e maturo. Se manca la normalità, viene meno la ragione del punire. Tuttavia, a questa teoria si è obiettato nel senso che il concetto di uomo normale è vago, ma anche perché non si comprendono le ragioni per cui si puniscono solo gli uomini che si determinano nel modo che si considera normale. Inoltre, la teoria, esenta da pena molti dei delinquenti più pericolosi, per esempio quelli abituali, professionali e per tendenza, non essendo possibile disconoscere che costoro presentino spesso delle anomalie fisiche o psichiche<sup>35</sup>.

Un'altra teoria è quella dell'*identità personale* che ritiene che l'imputabilità consista nell'appartenenza dell'atto all'autore e nella conformità della condotta alla propria personalità. L'imputabilità si manifesta quando il fatto è espressione della personalità dell'agente e manca quando nel soggetto viene meno il potere di manifestarsi secondo il proprio Io. Anche questa teoria è stata oggetto di contestazioni perché è indiscutibile che l'azione dell'infermo di mente non rispecchi la sua personalità e quindi non ne costituisce un'espressione. Inoltre, quando si dice che l'appartenenza dell'atto all'autore è esclusa da certe anomalie psichiche, alla fine si ripete che è imputabile soltanto l'uomo normale, quindi alla fine si incorrerebbe negli stessi intoppi in cui si dibatte la teoria della normalità<sup>36</sup>.

Ulteriore teoria è quella dell'*intimidabilità* che presuppone che la funzione della pena è quella di intimidire gli uomini e quindi trattenerli

---

di pensiero che, negando il libero arbitrio, o negando l'utilità o la possibilità di risolvere la relativa problematica, fanno ricorso, al fine di giustificare la responsabilità del soggetto, ad altri criteri.

<sup>35</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 612-613.

<sup>36</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 613.

dal commettere reati. Inoltre, la pena non può essere inflitta agli immaturi, infermi di mente, perché questi soggetti non hanno la maturità di subire la coazione psicologica della pena. Rispetto alle prime teorie, questa risulta essere più solida, però comunque non è convincente perché il fatto che gli imputabili e gli infermi di mente non sono intimidabili, si scontra con la realtà, dato che alcuni dati riportano che sia i bambini che i pazzi, almeno entro certi limiti, sono capaci di sentire l'efficacia dei castighi. D'altra parte non si può sostenere che tutti gli uomini non folli o adulti siano passibili d'intimidazione<sup>37</sup>.

Altra concezione è quella della *Scuola Positiva*, che si contrappone alle teorie fino ad ora esposte. Tale corrente di pensiero, respinge il principio della responsabilità individuale a favore di quello della responsabilità sociale. Viene negata la distinzione tra soggetti imputabili e soggetti non imputabili, sostenendo che ogni uomo, che ha commesso un reato, deve risponderne di fronte alla società, infatti sono state introdotte, in modo particolare con il Codice Rocco, provvedimenti che non sono dei castighi, ma misure di miglioramento o di sicurezza in funzione di difesa della società stessa<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 614.

<sup>38</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 553. Secondo la Scuola Positiva, il delitto sembra essere una manifestazione necessitata di determinate cause e non il risultato di una scelta libera e responsabile del soggetto. I positivisti ritengono che alla base del diritto penale non vi sia la responsabilità etica, ma la pericolosità sociale del soggetto e la concezione difensiva della sanzione penale. I tre punti della Scuola Classica vengono capovolti: il reato non è più considerato come un ente giuridico staccato dall'agente, ma un fatto umano individuale che è causato dalla struttura bio-psicologica del delinquente; all'imputabilità viene sostituito il concetto di pericolosità sociale, nel senso che vi è la probabilità che l'individuo, a causa di determinati fattori, sia spinto a commettere fatti criminosi; la pena retributiva viene sostituita con le misure di sicurezza. Risulta inutile punire chi delinque perché spinto da fattori che agiscono dentro e fuori di lui. Quindi i delinquenti devono essere sottoposti a misure di difesa sociale. Il merito della Scuola Positiva è di aver predisposto delle misure da adeguare alla personalità del delinquente, al posto dello strumento unico e rigido della pena.

Questa concezione non si concilia con il diritto vigente che vede nella pena un vero e proprio castigo giuridico<sup>39</sup>.

Una teoria più recente, che ha avuto un rilevante seguito negli ultimi decenni, è quella della *nuova difesa sociale*, la quale non nega la libertà dell'uomo e la sua relativa responsabilità, ma sottolinea che la libertà del volere possa alle volte essere condizionata da cause ereditarie, biologiche, ambientali ecc. A tali fattori si ricollega l'esigenza di predisporre un trattamento del reo sempre più individualizzato<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 614.

<sup>40</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 614. Anche in MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 557-560. La teoria della Nuova difesa sociale ricevette la sua prima consacrazione internazionale con l'istituzione nel 1948 della Sezione di difesa sociale delle Nazioni Unite e si sviluppò soprattutto per iniziativa della *Société internationale de défense sociale*, fondata nel medesimo anno. Le sue linee fondamentali sono la difesa della società contro il crimine e la risocializzazione del delinquente, e il suo scopo è il miglioramento, o meglio, la risocializzazione dell'individuo. È una teoria che ha un intento pratico-operativo che non sopprime la nozione di responsabilità, non nega la libertà dell'uomo, non rifiuta la possibilità della punizione, fonda la politica criminale della difesa sociale sulla responsabilità individuale. Non ripudia il libero arbitrio, e intende la libertà del volere come un problema da risolvere partendo dalla realtà umana e sociale, e non considerandola come una qualità dell'uomo. La responsabilità, considerata come presa di coscienza da parte dell'individuo della sua personalità, deve essere intesa come espressione della personalità concreta del soggetto. La responsabilità non viene intesa come il punto di partenza della costruzione del diritto penale, ma tende a diventare il punto di arrivo, lo scopo terminale dell'azione risocializzante. Questa teoria supera il trinomio classico reato-imputabilità-pena, e lo sostituisce con un nuovo trinomio: reato-personalità-trattamento. Il programma della Nuova difesa sociale si concretizza nei seguenti aspetti: lotta contro la criminalità, nel senso che i mezzi utilizzati devono tendere a proteggere la società dal crimine, ma allo stesso tempo anche i suoi membri, i quali potrebbero rischiare di cadere nel delitto; l'umanizzazione del diritto penale, perché il perseguimento di tale scopo deve avvenire rispettando i valori umani; la scientificizzazione del diritto penale, perché lo scopo della difesa sociale si deve fondare su uno studio scientifico della realtà; infine, l'introduzione di un sistema di misure di difesa sociale che sia unitario, differenziato e idoneo al recupero sociale del delinquente. Inoltre, la Nuova difesa sociale ha previsto: una progressiva sostituzione del concetto di pena con quello di trattamento individualizzato a scopi terapeutici e rieducativi; l'introduzione dell'esame della personalità nel processo di cognizione e della osservazione e classificazione dei detenuti nel processo di esecuzione; l'individuazione di altre categorie di soggetti, oltre ai minori e ai non imputabili che devono essere sottoposti ad un trattamento particolare, cioè i c.d. giovani adulti e i c.d. anormali mentali; una riforma del processo penale volta a fornire al giudice le opportunità e i mezzi per usare le tecniche di individualizzazione giudiziaria; il superamento del sistema del doppio binario con l'adozione di una misura unificata ed una riforma del sistema penitenziario intesa a fare sempre più largo spazio al trattamento in semilibertà e in libertà. La teoria seppur sia estesa nelle legislazioni dei paesi occidentali, è stata oggetto di critiche, ad esempio, è stata attaccata da contestatori di tipo politico-sociologico, i quali sostenevano che prima di risocializzare l'individuo, fosse necessario riformare la società.

Anche Antolisei ha fornito una sua idea circa il fondamento del concetto di imputabilità: “A nostro modesto parere il principio da cui parte la teoria classica dell’imputabilità deve ammettersi. Effettivamente il concetto di pena-castigo presuppone la libertà del volere, intesa come capacità di autodeterminarsi sulla base di motivi consapevoli. Se, infatti, l’uomo fosse privo di ogni libertà di scelta, nessun rimprovero potrebbe essergli mosso allorché violi la legge. Esulerebbe dalla sua azione ogni colpa morale e l’inflizione di un castigo per il reato commesso sarebbe priva di senso e non potrebbe in alcun modo giustificarsi”.

Nel sostenere la teoria classica, Antolisei, si è reso conto di come questa non sembra essere soddisfacente. Questa giustifica l’esonazione da pena degli immaturi e degli infermi di mente sul presupposto che questi hanno agito in mancanza della libertà del volere, in quanto coartati dai loro impulsi. Di fatto, evidenzia Antolisei, questa teoria suscita alcune perplessità: se l’essere umano generalmente è dotato della libertà di scelta, questa deve esistere anche nei fanciulli e nei malati di mente, altrimenti questi non sarebbero degli uomini, ma degli automi. Inoltre, la teoria classica non spiega in modo convincente perché la responsabilità è diminuita per semi-infermità o esclusa per completo sviluppo intellettuale. I sostenitori della teoria classica ritengono possa esistere una libertà parziale soprattutto nell’ambito della semi-imputabilità, ma non si può concepire una cosa di questo tipo perché o la facoltà di scelta esiste o non esiste.

Quindi alla luce di queste obiezioni, Antolisei ritiene che il fondamento dell’imputabilità lo si deve cogliere nella concezione comune della

responsabilità umana<sup>41</sup>. L'opinione attualmente diffusa sostiene che un uomo può rispondere dei propri atti se è in grado di rendersi conto del valore sociale dei suoi atti e non sia affetto da alcune anomalie psichiche che gli impediscono di agire come invece dovrebbe, sostanzialmente può rispondere se è sano di mente ed ha un certo sviluppo intellettuale. La pena è considerata come una sofferenza

---

<sup>41</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 347-348. Il giurista odierno è consapevole che non esiste una volontà umana assoluta, intesa come libertà di autodeterminarsi, perché a volte questa può essere condizionata da molteplici fattori, ecco che si parla di volontà relativa. E la concezione della libertà del volere come libertà relativa, è quella che più corrisponde al senso comune. Peraltro, se le decisioni umane non fossero codeterminate da cause che operano secondo leggi psicologiche, ma avessero la loro scaturigine nel puro arbitrio della volontà, non avrebbe alcun senso pretendere di influenzare la condotta dell'uomo mediante la minaccia della pena. In altre parole, se il diritto penale ha efficacia deterrente, è necessario che il timore di poter incorrere in una sanzione punitiva eserciti sull'agente un condizionamento idoneo a indurlo a non delinquere. Inoltre, il rimprovero non avrebbe alcun senso se rivolto ad un soggetto privo della possibilità di agire diversamente. Se la funzione della pena è quella di distogliere i potenziali rei a commettere reati, il presupposto necessario è che il condannato sia psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla pena. E se, la pena ha anche la funzione di rieducare il reo, quest'ultimo deve essere in grado di cogliere il significato del trattamento punitivo. Tuttavia, l'attitudine a recepire l'appello della norma penale, non è presente in tutti gli individui: infatti, i soggetti immaturi come gli infermi di mente sono incapaci di subire la coazione psicologica della pena. Questa limitazione del trattamento punitivo soltanto ai soggetti psicologicamente maturi riflette il pensiero dominante della responsabilità umana, infatti, ancora oggi il pensiero comune avverte come ingiusta la sottoposizione a pena di chi non è *compos sui*; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale.*, Milano, 2020, 447-448. Gli autori ritengono che una condizione necessaria affinché un individuo possa essere soggetto ad un rimprovero, è che al momento della commissione del fatto fosse imputabile, cioè capace di intendere, cioè capace di capire il significato e le conseguenze dei propri atti, e capace di volere, cioè di autodeterminarsi liberamente. Soltanto se ci sono entrambe queste capacità, il soggetto potrà essere indotto dalla minaccia della pena ad astenersi da questo o quel comportamento e potrà essere rimproverato per aver scelto, invece di tenere il comportamento vietato dalla legge penale; poi ancora MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 288-289. L'autore ritiene che ove l'imputabilità venga a mancare, poiché non vi è capacità di intendere e di volere nel soggetto che ha agito, si potrà avere soltanto pericolosità e non anche colpevolezza. "Per potersi rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa occorre che essa si sia formata in un soggetto capace di intendere e di volere: rispetto all'*infans* o all'*amens* non è possibile ravvisare una volontà colpevole"; infine, PULITANO' D., *Diritto penale.*, Torino, 2015, 369-370. L'ordinamento penale presuppone che gli individui siano capaci di recepire il messaggio normativo e di motivarsi in base ad esso, e perciò responsabili delle eventuali violazioni, ma ciò non significa che la volontà non possa essere soggetta a condizionamenti. La capacità di autodeterminarsi che l'ordinamento prevede, è la capacità che si presuppone nell'uomo adulto, a partire da una certa età e che può venire meno in condizioni particolari, per esempio per infermità fisica o psichica. "Le scelte di agire sono frutto di impulsi psicologici, di condizionamenti esterni di vario genere, di abitudini acquisite, di riflessioni su ragioni o motivi per agire o non agire in un dato modo. Quando parliamo di capacità di autodeterminazione o di volontà libera, pensiamo non a scelte effettuate senza ragioni o cause esterne, ma alla capacità di controllare gli impulsi, di resistere a condizionamenti, di scegliere in base a ragione".

perché importa anche degli effetti che ledono l'onore di chi è ritenuto responsabile e tali effetti si ripercuoteranno anche nel suo futuro.

Se i fatti considerati dal codice penale come reati, vengono posti in essere da soggetti folli, minori, la società, anche a fronte del reato, è portata a scusare questi soggetti perché attribuisce il fatto a queste loro condizioni "speciali". Ci sono delle situazioni che, nonostante la non imputabilità di questi soggetti, possono far sorgere un allarme sociale, in quanto tali soggetti possono risultare socialmente pericolosi, quindi, il codice prevede la necessità di adottare dei provvedimenti cautelativi nell'interesse della prevenzione della società, ma comunque in questo modo non si ha quella riprovazione morale che giustifica l'inflazione di un castigo.

Tra l'altro, quando la capacità di intendere e di volere è molto scemata, è prevista una riduzione della pena, perché la sua colpa appare minore rispetto ai casi ordinari<sup>42</sup>.

Sicuramente sono tutte teorie figlie del loro tempo, forse non è neanche opportuno discutere se abbiano un fondamento razionale e lineare o meno; può darsi che la teoria attuale, descritta sopra, con il tempo muti, come di fatto è mutata in passato, pensiamo alla diversa concezione della Scuola Classica, rispetto a quella Positiva.

Probabilmente l'affermazione di Eraclito secondo cui *"tutto è un perenne movimento e la staticità è morte"*, deve essere applicata anche al fondamento dell'imputabilità. Nel momento attuale, la concezione della imputabilità e quindi della responsabilità è quella che è stata indicata appena sopra; essa esiste come dato di fatto e questo basta a giustificarla. Poi, ovvio, non c'è dubbio che il diritto debba

---

<sup>42</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 615-616.

corrispondere a quelli che sono i principi etici della società, infatti l'esperienza insegna che le leggi che sono in contrasto con il sentimento del popolo, finiscono con il rimanere, il più delle volte, lettera morta.

#### 4. L'imputabilità oggi e le sue funzioni

Abbiamo già visto come il principio per cui chi sia “folle”, “malato di mente”, “affetto da disturbo” tale da vedere compromesse le sue capacità di comprensione o di libera determinazione debba essere considerato meno o non responsabile delle condotte che ha posto in essere, è un principio di vecchia data, e potremmo dire, di quasi universale accettazione.

Ad esempio, già nel diritto romano non venivano puniti coloro che erano considerati “furiosi” e “fatui”; anche nel Medioevo questa concezione continuava e addirittura era peggiore, perché la malattia era persino reputata un'aggravante e al malato di mente, il quale veniva considerato un “indemoniato”, erano riservate torture e la morte.

Ancora, più avanti, il Codice napoleonico del 1810 recitava all'art. 64: *“Non esiste né crimine né delitto allorché l'imputato trovavasi in stato di demenza al momento dell'azione, ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poté resistere.”* Inoltre, in Italia, sia nei codici emanati sotto l'influsso napoleonico che in quelli successivi alla restaurazione, i codici pre-unitari, rimase il principio generale per cui il soggetto non può essere considerato responsabile se nel momento in cui aveva commesso il fatto non era in una condizione di normalità psichica. Così, per esempio, nel Codice del Regno Lombardo-Veneto, la responsabilità era esclusa quando *“l'autore è totalmente privo della ragione”*.

Abbiamo già visto, nei paragrafi precedenti, anche il Codice Zanardelli del 1889 e la sua evoluzione, il cui art. 46 recitava: *“Non è punibile colui che, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in tale stato di infermità di mente da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti”*.

Questo codice ebbe vita breve, e lasciò spazio all'attuale Codice Rocco del 1930<sup>43</sup>.

Nonostante il tema dell'imputabilità sia di vecchia data, comunque costituisce uno dei punti controversi del diritto penale. Si tratta di un tema molto discusso, la cui disciplina presuppone due esigenze opposte: da una parte la prevenzione (generale o speciale), dall'altra il garantismo<sup>44</sup>. La *ratio* di un tale confronto è quella di individuare un giusto equilibrio tra libertà individuale e sicurezza collettiva, senza dover operare scelte ideologiche estreme tali da considerare la persona non imputabile come un "nemico" della società da neutralizzare ovvero come una persona "debole" da tutelare ad oltranza. E la soluzione di un tale conflitto passa attraverso la considerazione della triplice funzione che deve oggi essere riconosciuta all'imputabilità: di principio costituzionale, di categoria dogmatica del reato e di criterio guida della sanzione penale<sup>45</sup>. Per quanto riguarda la prevenzione<sup>46</sup> (imputabilità come criterio guida della sanzione penale), è ovvio che un soggetto nel momento in cui commette un reato, può essere pericoloso per la società,

---

<sup>43</sup>MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini II*, Milano, 2009, 157-159.

<sup>44</sup> COLLICA M. T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "progetto Grosso"*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2002, 879; BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in MANNA A., *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002, 155 ss.

<sup>45</sup> LECCESE M., *Il problema dell'imputabilità penale*, in RONCO M., *Commentario al Codice penale. Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali.*, Torino, 2006, sub art. 85, 1.

<sup>46</sup> BERTOLINO M., *Fughe in avanti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 868-869. L'imputabilità oltre ad avere una funzione garantista, è anche un presupposto ed un criterio guida della sanzione penale, ed è proprio in questo senso che si concretizzano le scelte a favore del garantismo e della sicurezza sociale. L'ordinamento deve predisporre degli interventi in grado di contemperare le esigenze antinomiche legate al singolo e alla sicurezza sociale, e al medesimo tempo, come non vi dovrebbe essere alcun dubbio almeno con riferimento ai soggetti infermi di mente, che antepongono gli scopi terapeutici e riabilitativi a quelli di prevenzione generale; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 3. "Vale infine la pena ricordare che la terza e ultima funzione dell'imputabilità è quella di essere presupposto e criterio guida della sanzione penale. Condizioni di capacità esclusa e di capacità ridotta sono, infatti, il presupposto di trattamenti differenziati all'interno del sistema delle pene e delle misure di sicurezza".

quindi l'ordinamento deve fornire dei mezzi in funzione di prevenzione generale e speciale, a prescindere che il soggetto sia imputabile o meno. Invece, con riferimento alla dimensione garantista del concetto di imputabilità (imputabilità come principio costituzionale), vi è da fare una precisazione. Il principio di colpevolezza è strettamente legato ad un suo presupposto imprescindibile, l'imputabilità, che si deve intendere come libertà di agire. Da questo punto di vista, se non c'è dubbio che l'uomo agisce sulla base di condizionamenti fisici e sociali, è anche certo che un giudizio di rimproverabilità è legittimo solo a condizione che si accerti che il soggetto da rimproverare abbia la capacità di comprendere il disvalore della sua condotta e di autodeterminare la sua azione<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 369. BERTOLINO M., *Fughe in avanti*, cit., 853-854. La questione garantistica evoca l'imputabilità secondo la sua funzione o prospettiva di principio costituzionale. Il riconoscimento di questa dimensione costituzionale deriva dall'art. 27, comma 1 e 3 Cost., che considera la colpevolezza come una condizione irrinunciabile della responsabilità penale e della pena orientata alla prevenzione speciale. Infatti, la dottrina più attenta riconosce l'imputabilità come la prima componente del giudizio di colpevolezza. Se non c'è colpevolezza senza imputabilità, non può esserci pena conforme allo scopo di rieducazione senza imputabilità. Sulla base di questa premessa, sono da scartare i tentativi di allontanamento dal principio di imputabilità, che negano la distinzione tra soggetti imputabili e soggetti non imputabili, e quindi la categoria della inimputabilità. A tal proposito, la Commissione del Progetto Grosso ritenne che il mantenimento della distinzione tra soggetti imputabili e non imputabili, cioè tra soggetti ai quali possa o non possa essere mosso un rimprovero di colpevolezza, in ragione delle loro condizioni soggettive al momento del fatto, rimane un punto fermo, perché tale distinzione appare irrinunciabile per un diritto penale garantistico. La Commissione nella relazione che accompagna il progetto, riconosce che le condizioni incapacitanti escludono non soltanto l'assoggettabilità a pena ma anche, e prima ancora, la colpevolezza, e che l'imputabilità deve essere intesa come un presupposto del rimprovero di colpevolezza e che le cause che la escludono sono delle situazioni soggettive di incapacità di colpevolezza; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 2. "Il riconoscimento della dimensione costituzionale dell'imputabilità deriva dal primo e dal terzo comma dell'art. 27 Cost. La dottrina prevalente riconosce nell'imputabilità il presupposto o il principale elemento del giudizio normativo di colpevolezza". Infatti, nella sistematica del codice, il reato è l'illecito commesso da un soggetto potenzialmente libero, in grado di potersi rappresentare il significato e le conseguenze del proprio comportamento e proprio per questo motivo reso assoggettabile alla pena. La persona non imputabile è irresponsabile, quindi, non ha alcun senso muovergli un rimprovero di colpevolezza o assoggettarlo a pena. Ma, l'ordinamento, nel caso di pericolosità sociale, reagisce neutralmente, mediante l'applicazione di una misura di sicurezza. Senza imputabilità non può esserci né colpevolezza, né pena conforme allo scopo rieducativo. Da questa considerazione emerge che il ruolo autentico dell'imputabilità non può

In tale ottica, al concetto di imputabilità occorre riconoscere un ruolo fondamentale nel sistema penale. Tuttavia, a fronte di questo riconoscimento, sempre più incerti sembrano diventare i confini di questa categoria, tanto che sempre più spesso, la definizione positiva del concetto di imputabilità, intesa come capacità di intendere e di volere, è stata abbandonata in favore di una ricostruzione in negativo: ciò che viene definito è lo stato di non imputabilità attraverso le cause di esclusione della capacità di intendere e di volere<sup>48</sup>. In questo modo, l'imputabilità diventa riflesso positivo di un concetto negativo, la non imputabilità, che viene in gioco solo attraverso le cause di esclusione della stessa<sup>49</sup>. In questo senso, parlare di imputabilità significa quindi, affrontare il problema delle situazioni in cui non dovrebbe esserci quello stato psicologico effettivo di capacità di intendere e volere, secondo quanto previsto dagli artt. 85 e seguenti del codice penale.

---

essere riconosciuto esclusivamente con riferimento alla mera "capacità di pena", ma bisogna intendere l'imputabilità, prima di tutto come "capacità di colpevolezza".

<sup>48</sup> *Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale*, Settembre 2000, 67. Il Progetto di codice penale, redatto dalla Commissione Grosso, discostandosi dalla normativa in vigore, rinuncia a definire in positivo l'imputabilità, limitandosi a disciplinare le condizioni inabilitanti, in presenza delle quali l'imputabilità, cioè l'assoggettabilità a pena, è esclusa. Inoltre, SABATINI G., *Biologia e diritto nel concetto di imputabilità*, in *Giust. pen.*, 1965, I, c. 1, fa notare come la legislazione italiana fornisce la definizione di persona imputabile, da intendersi come colui che ha la capacità di intendere e di volere, a differenza di quasi tutte le altre legislazioni europee che omettono questa definizione, a favore invece, di un elenco di singoli casi di non imputabilità. Secondo Sabatini, quest'ultima sarebbe la via più giusta da seguire, dato che corrisponde alle esigenze di elasticità della legge in rapporto al continuo e rapido progredire delle scienze biologiche e anche perché la formula della capacità di intendere e di volere non comprende la personalità umana nella sua totalità affettivo-volitiva biologicamente esente da carenze o turbe. L'autore sostiene che sembra "si possa evidenziare un'esigenza, generalmente sentita, di indicare in modo specifico le categorie di soggetti che devono essere esenti da pena a causa delle loro condizioni psichiche, omettendo la definizione di imputabilità". Tra l'altro, continua l'autore, questo tipo di approccio, consentirebbe di eliminare la non perfetta coincidenza fra il concetto di imputabilità e quello di capacità di intendere e di volere, che si verifica nel caso dell'ubriaco che si è posto in tale stato in modo volontario, colposo e preordinato. Infatti, il legislatore ha considerato questa persona pienamente imputabile, nonostante sia incapace di intendere e di volere, come risulta dal fatto che, quando l'ubriachezza è dovuta a caso fortuito o forza maggiore, non vi è imputabilità. Stesso discorso per il minore di anni 14, il quale è sempre considerato non imputabile, nonostante vi possano essere dei casi in cui il minore ha la capacità di intendere e di volere richiesta dal legislatore ai fini dell'applicazione della pena.

<sup>49</sup> BERTOLINO M., *Fughe in avanti*, cit., 850.

Tuttavia, si è comunque cercato di fornire una definizione del concetto in questione.

È possibile dunque affermare, che l'imputabilità è il requisito necessario che vi deve essere per l'accertamento della responsabilità penale e per il conseguente assoggettamento alla pena prevista.

Il concetto di imputabilità, come si può notare dall'art. 85 c.p., coincide con la capacità di intendere e di volere, pertanto è possibile affermare che in genere, l'imputabilità e la normalità psichica coincidono. L'imputabilità quindi, non può mancare nell'individuo che si trovi in normali condizioni psichiche.

Il fondamento dell'imputabilità lo si può cogliere nella colpevolezza, o meglio, quest'ultima non è altro che un presupposto necessario della prima. La colpevolezza presuppone, a sua volta, una consapevole capacità di scelta tra diverse alternative di azione, quindi per questo motivo, l'imputabilità costituisce la prima condizione per esprimere la disapprovazione soggettiva del fatto tipico e antiggiuridico commesso dal soggetto<sup>50</sup>.

Inoltre, altro fondamento dell'imputabilità lo si deve cogliere nelle funzioni della pena. Infatti, dal momento che la minaccia della sanzione punitiva deve distogliere i potenziali rei nel commettere reati, il presupposto necessario è che i destinatari siano psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla minaccia; e se la pena ha anche la finalità di rieducare il reo, questo deve essere psicologicamente capace di cogliere il significato del trattamento punitivo.

Quindi, se a fondamento del sistema della non imputabilità per incapacità di intendere e di volere, ci sono le funzioni preventiva e

---

<sup>50</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 346.

retributiva della pena, è ovvio che, solo in presenza della capacità di intendere e di volere il soggetto potrà essere indotto dalla minaccia della pena ad astenersi dall'adottare un certo comportamento, e potrà dunque essere rimproverato per aver scelto di tenere il comportamento vietato dalla legge penale<sup>51</sup>.

Il concetto di imputabilità è sia empirico che normativo (imputabilità come categoria dogmatica del reato), ed il problema è quello di conciliare queste due diverse dimensioni. È agli esperti che spetta individuare i presupposti empirici, cioè i requisiti bio-psicologici, gli attributi, le attitudini, le condizioni biologiche e psicologiche dell'imputato in presenza delle quali sia lecito sostenere che questo è in grado di recepire il messaggio contenuto nella sanzione punitiva. Mentre, successivamente, sarà di competenza del legislatore fissare le condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali: tale scelta implica valutazioni che trascendono gli aspetti strettamente scientifici del problema dell'imputabilità e che attengono agli obiettivi di tutela perseguiti dal sistema penale<sup>52</sup>. Inoltre, sempre con riferimento alla dimensione normativa, i giudici, sulla base di un

---

<sup>51</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 159-200. A fronte di quanto appena detto, il dubbio del giurista è se il folle o l'immaturo non possano mai essere trattenuti dalla minaccia di sanzioni, perché non è da escludere a priori che lo possano. Invece, lo psichiatra ritiene che sia ingiustificato ritenere che le persone affette da disturbi psichici non possano, per questo, risentire degli effetti afflittivi della pena.

<sup>52</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 349-350; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 85, 2-3. Per quanto riguarda il profilo dogmatico, l'istituto dell'imputabilità assume rilevanza sia sul piano empirico che su quello normativo. Infatti, il giudizio di imputabilità comporta l'accertamento delle condizioni naturalistiche del soggetto e, poi, la verifica dell'incidenza delle stesse sulla capacità di intendere e di volere. Questo tipo di giudizio appartiene all'area giuridico-penale, perché è di competenza del giudice, ma non può prescindere dalla collaborazione con la scienza psichiatrica, poiché questa si occupa dell'aspetto diagnostico-cognitivo dell'imputabilità. Di fatto, questa collaborazione potrebbe comportare che, a causa dell'indeterminatezza degli elementi normativi extragiuridici, la scienza penale deleghi alla scienza psichiatrica, più precisamente al perito, la formulazione del giudizio di imputabilità.

autonomo procedimento valutativo, dovrebbero trarne le conseguenze per quanto riguarda l'aspetto della capacità di colpevolezza e di pena<sup>53</sup>. Attualmente, la disciplina generale dell'imputabilità si trova all'art. 85 c.p. che recita: *“Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere”*.

Si può notare come il legislatore fissa i presupposti dell'imputabilità nella capacità di intendere e di volere, che devono entrambe sussistere al momento della commissione del fatto che costituisce reato<sup>54</sup>.

A prima vista, la disciplina di cui all'art. 85 c.p. potrebbe indurre a ritenere che l'imputabilità presupponga il riconoscimento della libertà del volere in senso filosofico. Però così non è. Infatti, il giurista odierno è ormai consapevole che la volontà umana è soggetta a diversi condizionamenti, non esiste una volontà libera, una libertà assoluta di autodeterminazione. La volontà umana è libera se il soggetto non

---

<sup>53</sup> FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 867-869. Fiandaca riporta che Claus Roxin nel suo manuale, ritiene che il giudice non può delegare completamente all'esperto di determinare i presupposti del giudizio di imputabilità, perché certamente questo tipo di valutazione è caratterizzata anche da momenti valutativi-normativi. Ma, l'esperto dovrà accertare se il soggetto era al momento del fatto capace, nel senso che interessa al diritto penale. Quest'ultimo è un accertamento di tipo empirico. Infatti, se non ci fosse l'intervento degli esperti sulla capacità o meno del reo, non avrebbe neanche senso parlare di colpevolezza. Oggi, il problema è che questo rapporto è diventato complesso, perché la scienza ha sviluppato più visioni, nel senso che ha sottoposto a revisione critica i suoi stessi paradigmi, mettendo in crisi le sue tradizionali verità e accentuando un pluralismo interpretativo. Di conseguenza, il legislatore e il giudice, si trovano nella scomoda posizione di non saper scegliere tra i diversi orientamenti scientifici. Il giudice, a fronte di una pluralità di orientamenti, sarà propenso a scegliere quello che preferisce, ed il rischio è quello che scelga come perito quello che più si avvicina alle sue convinzioni e che lo induce ad un esito decisorio più vicino alle sue preferenze, piuttosto di un altro esito, che seppur corretto, si discosta dalle sue preferenze personali. Da questo punto di vista, l'imputabilità diventerebbe una categoria discrezionale e per questo motivo alcuni psichiatri hanno proposto di abolirla e di sottoporre anche gli incapaci a punizione, circoscrivendo la rilevanza dell'infermità soltanto nell'ambito dell'esecuzione della pena.

<sup>54</sup> Peraltro, la capacità d'intendere e di volere deve essere presente non soltanto nel momento attuativo, ma anche in quello del suo accertamento e in quello dell'esecuzione della pena. Altrimenti, nel primo caso, conseguirà la non punibilità dell'autore per mancanza di imputabilità; nel secondo, la sospensione del processo; e nel terzo, il differimento o la sospensione dell'esecuzione della pena.

soccombe passivamente agli impulsi psicologici che lo spingono ad agire in un determinato modo, ma riesce a controllarsi al fine di fare delle scelte consapevoli. Si parla dunque, di libertà relativa. Questo tipo di libertà presenta graduazioni diverse in base all'intensità dei condizionamenti che il soggetto subisce prima di agire. Ovviamente, quanto più forti saranno gli impulsi, tanto più difficile sarà controllarli. La concezione unanime presuppone che ogni individuo sia abbastanza capace di regolare il proprio agire in modo da non disattendere le aspettative degli altri<sup>55</sup>.

Da quanto emerge dal disposto di cui all' 85 c.p., l'imputabilità di un soggetto, cioè la sua responsabilità penale per aver compiuto un atto considerato dalla legge penale un reato, presuppone il pieno possesso di facoltà che consentono al soggetto di capire e valutare le conseguenze delle proprie azioni, di modo che possa orientare e controllare in modo cosciente e coerente il proprio comportamento. Se, anche solo una di questa facoltà è esclusa o grandemente scemata (ad esempio, nel caso del vizio parziale di mente), l'imputabilità del soggetto sarà messa in discussione.

---

<sup>55</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 346-347.

#### 4.1. Le cause che escludono l'imputabilità

Il codice attuale evidenzia alcune circostanze che alterano la capacità d'intendere e di volere, sono le seguenti<sup>56</sup>:

- Il reo è stato reso da altri, incapace d'intendere e di volere (art. 86 c.p.)<sup>57</sup>;
- Il reo presenta al momento del fatto considerato reato, un'infermità di mente totale o parziale tale da escludere o scemare grandemente la sua capacità di intendere e di volere (artt. 88, 89 c.p.)<sup>58</sup>. È proprio questa la circostanza che verrà trattata in seguito;

---

<sup>56</sup> GIANELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità: da "vittima" ad autore di reato. Corso di Formazione in Psicologia Giuridica e Psicopatologia Forense*, Roma, 2016, 7.

<sup>57</sup> ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 229. Se un soggetto riesce a mettere un altro soggetto in stato di incapacità di intendere e di volere, con il fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace ne risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità (**art. 86 c.p. Determinazione in altri dello stato d'incapacità allo scopo di far commettere un reato**). In questo caso, mentre per un orientamento minoritario il soggetto incapace sarebbe da considerare un mero strumento nelle mani di chi lo ha messo in stato di incapacità, il quale dunque risponderebbe a titolo di reato monosoggettivo, secondo la c.d. teoria dell'autore mediato, occorre in realtà ritenere che si è in presenza di un'ipotesi di concorso di persone nel reato caratterizzata dalla presenza di un soggetto che non può essere sottoposto a pena. L'art. successivo, 87 c.p., chiarisce che se è il soggetto che si pone in uno stato di incapacità di intendere e di volere con il fine di commettere un reato o di prepararsi una scusa, non si potrà applicare la prima parte dell'art.85 c.p., sarà pertanto esclusa la non imputabilità. Dunque il soggetto sarà sottoponibile a pena. Tra l'altro se lo stato di incapacità è provocato dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti, il codice prevede un aggravamento di pena (artt. 92.2 e 93 c.p.).

<sup>58</sup> L'**art. 88 c.p.**, nel disciplinare il **vizio totale di mente**, prevede che *"non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere"*. Poi, l'**art. 89 c.p.** tratta del **vizio parziale di mente**, la seminfermità, e dispone: *"chi, nel momento in cui ha commesso il fatto era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere e di volere, risponde del reato commesso, ma la pena è diminuita"*. Come si può notare entrambe le disposizioni fanno riferimento al concetto di infermità, un concetto che è risultato essere più ampio rispetto a quello di malattia. E poiché questo elaborato tratta principalmente del vizio di mente, approfondiremo di seguito questo aspetto. Inoltre, il codice prevede anche l'**art. 90 c.p.** che si riferisce agli **stati emotivi e passionali**, e prevede che questi non escludono né diminuiscono l'imputabilità. Però, nulla esclude che **se questi stati sono la conseguenza di una vera e propria infermità, essi saranno valutati sulla base degli artt. 88 e 89 c.p.**

- Il reo al momento del fatto è in uno stato di acuta intossicazione da sostanze stupefacenti o alcol dovuta a caso fortuito o a cause di forza maggiore (artt. 91, 93 c.p.)<sup>59</sup>;
- Il reo è sordomuto, ma il sordomutismo deve essere congenito e precocemente acquisito tale da interferire con il normale funzionamento psichico del soggetto<sup>60</sup>;

---

<sup>59</sup> Tra l'altro, **quando la cronica intossicazione da sostanze stupefacenti o alcol, causi danni psichici organici, è sempre rilevante ai fini dell'applicazione del vizio totale o parziale di mente (art. 95 c.p.)**. Il richiesto collegamento con il vizio totale o parziale di mente comporta che, in tema di imputabilità, non vi è una necessaria coincidenza tra gli stati di alcolismo, tossicodipendenza o di tossicomania e la cronica intossicazione da sostanze stupefacenti. La cronica intossicazione ricorre soltanto in quei casi in cui l'abuso di alcol o di droga abbia prodotto nel soggetto una vera e propria alterazione patologica permanente, tale da far apparire indiscutibile che ci si trovi di fronte ad una vera e propria infermità psichica, la quale, alternando i processi intellettivi o volitivi del soggetto, ne abbia escluso o grandemente scemato la imputabilità. ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 234-239. L'**art. 91 c.p.** disciplina l'**ubriachezza derivata da caso fortuito**, cioè un fatto imprevedibile, **o da forza maggiore**, cioè un'energia esterna, naturale o umana, inevitabile ed irresistibile. La stessa disciplina vale anche nel caso di assunzione di sostanze stupefacenti (art. 93 c.p.). Vengono distinte due ipotesi: se nel momento in cui il soggetto ha commesso il fatto, era in uno stato di ubriachezza piena, egli non aveva la capacità di intendere e di volere, quindi non sarà imputabile (art. 91.1 c.p.); nel caso in cui invece, l'ubriachezza non era piena, ma comunque tale da scemare grandemente, senza escludere la capacità di intendere e di volere, la pena sarà diminuita (art. 91.2 c.p.). Inoltre, il legislatore prevede che nel caso di ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore, quindi volontaria, non è esclusa l'imputabilità (art. 92.2 c.p.). La stessa disciplina vale in caso di assunzione di sostanze stupefacenti (art. 93 c.p.). Inoltre, l'art. 92.2 c.p. prevede un aggravamento di pena quando il preordinato stato di incapacità sia provocato mediante l'assunzione di sostanze alcoliche. Tale disciplina si applica anche se lo stato di incapacità è dovuto all'azione di sostanze stupefacenti (art. 93 c.p.). La preordinazione si ha quando il soggetto attivo del reato si è posto in stato di incapacità avendo già, nel momento in cui ha assunto le sostanze alcoliche o stupefacenti, piena consapevolezza di volere commettere un determinato fatto e poi abbia commesso effettivamente quel fatto programmato precedentemente. Poi ancora, l'art. 94.1.2 c.p. prevede un aumento di pena quando il reato è stato commesso in uno stato di ubriachezza da chi è ubriaco abituale, cioè dedito, spiega il secondo comma, all'uso di bevande alcoliche e in stato di frequente ubriachezza. Inoltre, il comma 3 del medesimo articolo, prevede che si debba applicare il medesimo aggravamento di pena già previsto per gli ubriachi abituali, quando il reato è commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze.

<sup>60</sup> L'**art. 96 c.p. (Sordomutismo)** prevede che *“non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità di intendere e di volere. Se la capacità di intendere e di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita”*. ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 240-241. La norma era stata introdotta, poiché l'impostazione codicistica riteneva che questi soggetti non sarebbero in grado di rapportarsi con il mondo esterno a causa della loro impossibilità di comunicare. Tuttavia, questa presunzione oggi sembra superata, perché l'opinione dominante ritiene che i sordomuti sono in grado di comunicare e farsi comprendere mediante il linguaggio gestuale o labiale.

- Il reo è un soggetto compreso tra i 14 ed i 18 anni che, per immaturità, non ha ancora raggiunto, al momento del fatto-reato, la capacità d'intendere e di volere (artt. 97 e 98 c.p.)<sup>61</sup>.

Tuttavia, le cause appena riportate di esclusione dell'imputabilità non sono tassative, perché la capacità di intendere e di volere può essere esclusa anche da fattori diversi da quelli previsti dalla legge. Ad esempio, il caso di quei soggetti che non sono malati di mente in senso stretto, ma che presentano uno sviluppo intellettuale gravemente deficitario: soggetti che sono stati segregati fin dall'infanzia, o cresciuti in totale isolamento socio-culturale<sup>62</sup>.

Il tema della tassatività o meno di queste cause di esclusione della capacità di intendere e volere è abbastanza complesso perché, se il giudice si trova davanti un soggetto che non rientra in alcuna delle situazioni previste nel codice, ma nel momento del fatto non era capace d'intendere e di volere per un'altra causa, deve comunque dichiararlo non imputabile, e quindi non punibile, ai sensi dell'art. 85 c.p.?

---

<sup>61</sup> ROMANO B, *Diritto penale*, cit., 239-240; GIANELLI A., *Disturbi della personalità ed imputabilità*, cit. 7. La legge prevede la presunzione assoluta di incapacità del minore, entro i 14 anni d'età, infatti l'**art. 97 c.p. (Minore degli anni quattordici)** sancisce che "*non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni*". Il grado di maturità di un soggetto non deriva solo dal numero di informazioni possedute, ma dalla capacità di elaborarle e gestirle. Inoltre, se il fatto commesso da un minore degli anni 14 è considerato un delitto, ed il minore è considerato socialmente pericoloso, il giudice ha la possibilità di ordinare la misura di sicurezza del ricovero in un riformatorio giudiziario, oppure la libertà vigilata (art. 224 c.p.). Invece, **dai 14 ai 18 anni, il grado di maturità deve essere accertato** in concreto e in relazione allo specifico reato commesso dal minore, **al fine di affermare o meno l'esistenza d'imputabilità**. Se risulta imputabile, la pena deve comunque essere ridotta. Qualora il minore che aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, commetta un delitto, ed egli sia riconosciuto non imputabile, ma socialmente pericoloso, il giudice potrà ordinare la misura di sicurezza del ricovero in un riformatorio giudiziario, oppure la libertà vigilata. Tali misure si applicano, ma dopo l'esecuzione della pena, anche nell'ipotesi in cui il minore sia riconosciuto imputabile. (**art. 98 c.p. Minore degli anni diciotto**).

<sup>62</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 350.

Il pensiero unanime risponde in modo affermativo<sup>63</sup>, sia per garantire il rispetto del principio di colpevolezza, che consente al giudice di non punire quando non può essere mosso al soggetto alcun tipo di rimprovero, sia per altre due ragioni importanti. Prima di tutto, la regola per cui non è imputabile chi, al momento del fatto, difettava della capacità di intendere e volere sembra avere carattere generale, e se si ritiene che soltanto i casi elencati dal codice portano alla non imputabilità, la regola diverrebbe inutile e perderebbe di significato. In secondo luogo, quando il codice ha imposto di considerare imputabile, e quindi punibile, chi ha agito senza capacità di intendere e di volere, lo ha detto in modo esplicito. In quest'ultimo caso, si fa riferimento all'ubriachezza volontaria o preordinata, infatti in questa situazione, sebbene il soggetto agente abbia agito in uno stato di incapacità di intendere e di volere, è comunque da considerare imputabile e quindi dovrà essere punito.

---

<sup>63</sup> Secondo la prevalente dottrina, le cause codificate di non imputabilità non sono tassative, quindi vi possono essere ulteriori ipotesi, oltre a quelle menzionate esplicitamente nel codice, che possono dar luogo ad una esclusione o diminuzione dell'imputabilità. Come ad esempio, lo stato di ipnosi, di narcosi, di segregazione dalla nascita, l'assunzione di un farmaco non stupefacente o i disturbi psichici non rientranti nel concetto di infermità di cui all'art. 88 c.p. Se queste situazioni incidono sulla capacità di intendere e di volere, potranno escludere o diminuire l'imputabilità. Questo pensiero è condiviso da: FIANDACA G. E MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 350; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PISA P., *Manuale*, cit., 462; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 448; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 645. "Le cause codificate di non imputabilità non esauriscono, però, le ipotesi di incapacità di intendere e di volere, che in base al nostro ordinamento escludono o attenuano la punibilità. Vi sono soggetti incapaci di intendere i valori della nostra società, non rientranti nei casi espressamente previsti dalla legge perché maggiorenni, non infermi di mente, non intossicati né sordomuti, ma nei confronti dei quali esiste la stessa *ratio* che sorregge la non imputabilità, la quale ad essi va pertanto estesa per analogia o, per altri autori, affermata in base al principio dell'art. 85"; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 623. "Prima di passare ad esaminare singolarmente le cause in parola, notiamo che si discute se nell'ambito delle stesse sia ammissibile il procedimento analogico. Noi siamo per la tesi affermativa, perché le norme che le disciplinano non sono né incriminatrici, né eccezionali, ma costituiscono semplicemente l'applicazione del criterio generale sancito dall'art. 85"; invece, nella direzione opposta, MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1961, 553. Manzini è per la tassatività delle ipotesi di esclusione dell'imputabilità, ma formula l'auspicio che si giunga ad una regolamentazione in forza della quale i soggetti di capacità di intendere o di volere non conforme, per ragioni socio-culturali, a quanto richiesto dall'art. 85 non siano sottoposti a pena criminale in senso stretto, bensì a misure di sicurezza.

In conclusione ne deriva, che la mancanza della capacità di intendere e di volere, anche fuori dai casi previsti tassativamente dalla legge, può portare ad una declaratoria di non imputabilità, a meno che non si rientri in una delle ipotesi che il codice esclude in modo esplicito. Quindi, l'art. 85 c.p. potrebbe, per esempio, essere applicato anche al caso del selvaggio che rende evidente la mancanza di socializzazione<sup>64</sup>. Tra l'altro questa impostazione sembra essere condivisa anche dalla Cassazione con una pronuncia delle Sezioni Unite, in cui sostiene: “Il codice prevede situazioni tipiche di difetto della capacità di intendere e di volere idonee ad escludere l'imputabilità. Ma questa elencazione non può essere considerata tassativa, perché, ad esempio, il difetto di imputabilità può derivare anche dall'assunzione di un farmaco non stupefacente, posto che rileva un'incapacità anche del tutto temporanea, purché esistente al momento del fatto. La contraria interpretazione di chi ritiene che l'imputabilità possa essere esclusa solo nelle ipotesi di incapacità tipicamente previste nel codice, finisce per ridurre a “un enunciato retorico” la disposizione normativa dell'art. 85 c.p.”<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO F. C., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 462-464.

<sup>65</sup> Cass., sez. V, 9 Febbraio 2006, n. 8282.

## 4.2. La definizione di capacità di intendere e di volere, il nesso cronologico e quello eziologico

Dopo aver fatto queste premesse, è opportuno dare la definizione di capacità d'intendere e di capacità di volere. Tale formula si riferisce evidentemente alle sfere dell'intelletto e della volontà umana che, unitamente a quella del sentimento, sono tradizionalmente indicate come le componenti della psiche. Generalmente, entrambe le capacità sono intese come la sintesi delle condizioni fisiopsichiche che consentono l'ascrizione di responsabilità ad un individuo che ha compiuto un fatto considerato dall'ordinamento un reato.

Con la locuzione "*capacità d'intendere*" si considera il possesso da parte del soggetto agente delle facoltà cognitive per poter comprendere e prevedere. Quindi, un individuo che è capace d'intendere, è un soggetto che comprende con chiarezza il valore e le conseguenze fattuali, morali e giuridiche delle proprie azioni. Potremmo dire, semplificando, che intendere significa distinguere il lecito dall'illecito, il bene dal male<sup>66</sup>. Tale capacità è composta da una molteplicità di attributi psichici (coscienza, ideazione, memoria e percezione) e deve essere valutata secondo parametri di "normalità", nel senso che il soggetto deve essere considerato capace di intendere quando è dotato della capacità di elaborare idee, secondo meccanismi e procedimenti mentali confrontabili con quelli della media degli altri individui, e che

---

<sup>66</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 4. La capacità d'intendere riguarda il momento intellettuale dell'imputabilità e viene definita come l'idoneità del soggetto a rendersi conto del valore o disvalore sociale delle proprie azioni, comprendendo il significato degli atti che compie e valutando le possibili ripercussioni positive o negative sui consociati e nella realtà che lo circonda. ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 229; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 351; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PISA P., *Manuale*, cit. 460; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 608; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 372; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 448.

abbia già acquisito una percezione dell'ambiente e della realtà che lo circonda, sufficiente a consentirgli di attribuire alle proprie azioni il medesimo significato che a quelle stesse azioni viene attribuito dagli altri consociati con i quali il soggetto instaura rapporti interpersonali durante la sua vita.

In merito alla capacità d'intendere, è importante sottolineare due aspetti: il primo, chi è privo del sentimento morale, per esempio, l'individuo con una personalità amorale o disaffettiva, non può essere considerato non capace di intendere. Questo perché non saper valutare il significato o il valore di un fatto, non è la stessa cosa di non saper partecipare, sentire moralmente il valore normativo di una regola: il non saper partecipare di un sentimento morale, non vuol dire che l'individuo non lo sappia intendere nella sua cogenza. Il secondo aspetto evidenzia come il non conoscere il significato antiggiuridico di un atto non può essere identificato con la capacità di intendere<sup>67</sup>, poiché la legge

---

<sup>67</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 160-161. Anche se l'art. 5 c.p. prevede che "Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale", la sent. della Corte costituzionale del 24 Marzo 1988 n. 364, ha temperato il rigore della statuizione dell'art. 5 c.p., ammettendo la scusabilità quando l'ignoranza è inevitabile; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 5. Un indirizzo interpretativo ritiene che nella capacità d'intendere rientri "l'attitudine dell'agente a rendersi conto che il suo comportamento si pone in contrasto con le norme giuridiche che regolano la convivenza della comunità sociale". Per esempio FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale. Parte generale. Sesta edizione.*, Milano, 2020, 442. I quali affermano che "l'imputabilità può definirsi come la capacità del soggetto di autodeterminarsi secondo valori: in particolare, secondo i valori di cui sono portatrici le norme giuridiche".

Tornando al discorso di LECCESE M., questa affermazione trae origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988 e dal riconoscimento, in essa contenuto, che la colpevolezza si radica su una potenziale coscienza dell'illiceità del fatto. Quindi, secondo tale indirizzo interpretativo, l'oggetto della capacità di intendere andrebbe oltre la mera idoneità a rendersi conto del disvalore sociale della propria condotta, comprendendo anche l'attitudine a percepire il disvalore giuridico della medesima. Ma questo orientamento, non tiene conto che l'attitudine a intendere i divieti giuridici sanciti dall'ordinamento costituisce un *quid pluris* rispetto alla conoscibilità del sistema di valori accolto dalla società civile e non può essere considerata un requisito indefettibile della capacità di intendere di cui all'art. 85 c.p. Si può essere capaci di intendere, ma nell'impossibilità di conoscere il precetto giuridico: ad esempio, gli immigrati venuti da poco in contatto con la disciplina italiana in materia di commercio ambulante potranno, forse, essere considerati non colpevoli in base all'art. 5 c.p. se sono sani e maturi, ma non incapaci di intendere ai sensi dell'art. 85 c.p. Seguendo questo indirizzo, dovrebbe dichiararsi l'incapacità d'intendere dell'agente in tutti

prevede all'art. 5 c.p. che “*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*”<sup>68</sup>.

Dopo aver inquadrato la capacità d'intendere, è opportuno esaminare la *capacità di volere* che non è altro che la capacità di autodeterminarsi,

---

i casi di *ignorantia iuris* inevitabile. Ma ciò che richiede l'art. 85 c.p. affinché vi sia la capacità di intendere e di volere, è la possibilità dell'agente di elaborare idee che gli consentono di acquisire una generica conoscenza della dannosità sociale della propria condotta, senza la necessità che l'individuo sia anche in grado di giudicare che la sua azione è contraria alla legge. Così ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 610. “Non è necessario che l'individuo sia in grado di giudicare che la sua azione è contraria alla legge: basta che possa genericamente comprendere che essa contrasta con le esigenze della vita in comune”.

<sup>68</sup> La situazione delineata dall'art. 5 c.p. è quella dell'errore sul precetto derivante da ignoranza o erronea interpretazione della legge penale. Per esempio: il soggetto si rappresenta, vuole e realizza un fatto che configura nell'ordinamento come reato, nell'erroneo convincimento che non abbia rilevanza penale. Tale ignoranza, sulla base di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con sentenza 364/1988 scusa l'autore dell'illecito quando sia inevitabile, quindi incolpevole, facendo venire meno l'elemento soggettivo del reato, anche se contravvenzionale. Questa condizione sussiste per il cittadino comune, soprattutto se è sfornito di specifiche competenze, quando abbia assolto il dovere di conoscenza con l'ordinaria diligenza attraverso la corretta utilizzazione dei mezzi di informazione e di indagine di cui dispone; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 321-323. Il principio di cui all'art. 5 c.p. per cui “*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*” risale alla formula tradizionale per la quale *ignorantia legit non excusat*. Su questo punto è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza 364/1988 con cui ha affermato che l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'errore l'ignoranza inevitabile. Quindi, oggi, l'art. 5 c.p. dovrebbe essere letto in questo modo: “Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale, salvo che questa ignoranza non sia inevitabile”. Il problema ora, è di capire quando l'ignoranza della legge penale è inevitabile, cioè non rimproverabile al soggetto agente. In questo senso, la Corte costituzionale ha provveduto a fissare ruoli specifici e ad assegnare conseguenti compiti, sia al legislatore, sia al cittadino. Per quanto riguarda il legislatore, la Corte prevede l'obbligo di formulare norme penali che siano sufficientemente chiare; mentre al cittadino, la Corte ha attribuito un onore che si può tradurre con l'obbligo di informazione. Tali adempimenti sono inosservati se vi è un'assoluta impossibilità per il legislatore di tradurre e rendere note le proprie scelte e quando il cittadino, quindi il destinatario, non è in grado di informarsi o di comprendere i valori rappresentati dalle norme penali. Per quanto riguarda l'obbligo del legislatore, l'ignoranza inevitabile potrebbe esservi quando per esempio, vi è la mancata distribuzione della Gazzetta Ufficiale nel luogo in cui si trova un cittadino; per quanto invece, attiene il destinatario della norma penale, possono ad esempio, costituire ignoranza inevitabile quei casi in cui il cittadino sia stato tratto in inganno dalla pubblica autorità. In questo caso, essendo che il cittadino non è nelle condizioni di conoscere il corretto significato della norma, potrà invocare l'art. 5 c.p. Ma il caso maggiormente discusso, soprattutto oggi, riguarda i reati culturalmente orientati, cioè quei comportamenti che costituiscono reato nell'ordinamento giuridico del paese di accoglienza ed invece sono tollerati, approvati, nel contesto culturale del gruppo etnico al quale appartiene l'autore. In alcuni casi, come ad esempio, nell'incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 538 *bis*), il legislatore ha preso una posizione netta, mentre in relazione ad altre condotte non disciplinate in modo specifico, la questione si è ripresentata con diverse letture, si è soprattutto ragionato sulla capacità della diversità culturale, valutata nell'ottica del multiculturalismo, ad escludere il dolo oppure ad attenuare la pena ai sensi dell'art. 133 c.p., con riferimento in particolare al *quantum* di colpevolezza, o a ritenere applicabile una circostanza attenuante, o non applicabile una circostanza aggravante.

di orientare finalisticamente le proprie condotte, nonché la possibilità per il soggetto di optare per una condotta e di resistere agli stimoli<sup>69</sup>.

Entrambe queste capacità possono essere pregiudicate da una infermità, infatti, il codice all'art. 88 c.p. prevede il vizio totale di mente, mentre all'art. 89 c.p., il vizio parziale di mente.

Secondo la disposizione del codice (art. 85 c.p.), entrambi i requisiti devono sussistere, affinché un soggetto possa essere ritenuto imputabile, dal momento che la mancanza di anche uno solo dei due renderebbe non rimproverabile il fatto commesso, nonché inefficace la minaccia di pena, in quanto non percepita o non in grado di orientare il comportamento umano, con la conseguenza che non si deve punire chi non può comprendere correttamente la realtà esterna o non è in grado di compiere scelte autodeterminate.

---

<sup>69</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 160-161; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 6. La capacità di volere non si esaurisce nell'attitudine a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti, ma comprende anche la facoltà fisica di agire secondo le idee elaborate dal proprio intelletto adeguando il proprio comportamento alle scelte operate. Infatti, ci sono dei casi in cui, seppur il soggetto sia dotato di un normale processo di comparazione di valori, tuttavia non riesce ad agire in conformità alla scelta compiuta perché incapace di resistere a pulsioni e stimoli che trovano la loro origine nell'anomalia psichica che lo affligge. La capacità di volere, può venire a mancare nei soggetti capaci di intendere, come per esempio il cleptomane. Tuttavia, la dottrina non ritiene configurabile la capacità di volere in assenza della capacità di intendere il significato dei propri atti; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 229. La capacità di volere è intesa come "l'idoneità di scegliere, tra le alternative possibili, la condotta concretamente assunta"; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 351. "La capacità di volere consiste nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore: è attitudine a scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti"; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 629. Ritiene che l'incapacità di volere si manifesta nelle forme patologiche in cui l'intelletto funziona in modo regolare, ma il soggetto non è in grado di agire secondo ragione, poiché è condizionato da un motivo che opera in lui in modo irresistibile. Il soggetto quindi, si renderebbe conto del disvalore sociale dell'atto che ha compiuto, ma non ha potuto agire altrimenti, come avviene per esempio nella cleptomania; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 448. La capacità di volere viene definita come la capacità di autodeterminarsi liberamente; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 460. La capacità di volere è considerata come l'attitudine ad autodeterminarsi, indirizzando i propri comportamenti verso fini ed obiettivi scelti in modo consapevole; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 372. Per capacità di volere s'intende la capacità di autodeterminazione, cioè la capacità di scelte d'azione non determinate da condizioni psichiche che escludano la possibilità di controllo e di scelta da parte del soggetto.

Da quanto emerge dalla disposizione di cui all'art. 85 c.p., altro aspetto da tenere in considerazione, è che la capacità d'intendere e di volere va accertata nel soggetto con riguardo al **momento in cui è stato commesso il reato**, perché questo costituisce il riferimento temporale rispetto al quale chiedersi se il soggetto fosse in grado o meno di comprendere e volere i propri comportamenti criminosi<sup>70</sup>. La necessità che vi debba essere un collegamento cronologico, **nesso cronologico**, deriva dal fatto che l'incapacità d'intendere e di volere può non costituire uno stato permanente dell'individuo, quindi è possibile che l'agente possa essere giudicato capace di intendere e di volere rispetto ad un certo fatto concreto, e incapace rispetto ad un altro<sup>71</sup>. Tuttavia, esistono alcune eccezioni a tale principio, per le quali il rimprovero viene fatto retroagire al momento nel quale il soggetto si è

---

<sup>70</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. E AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 368; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 461; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 357; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub art. 85, 7. L'art. 85 c.p. prevede che la mancanza di capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto, rende il soggetto che ha agito non punibile. Quindi in base a questa disposizione, il giudizio di non imputabilità dell'agente non può prescindere dalla coincidenza temporale tra realizzazione della singola condotta e incapacità di intendere e di volere.

<sup>71</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 629-630. L'anomalia dello stato mentale, affinché escluda l'imputabilità, deve esistere nel momento in cui il soggetto ha commesso il fatto. "In proposito, va notato che ci sono malattie mentali che, pur determinando turbamenti di conoscenza solo in dati periodi che si dicono accessuali, implicano una grave tara psichica, la quale, in quanto esiste durevolmente, anche se larvata, non può non influire sull'imputabilità. Ciò ha importanza specie, nei riguardi dell'epilessia. In conseguenza l'epilettico che delinque fuori degli accessi convulsi non è per ciò solo imputabile: si deve, invece, caso per caso, esaminare se le particolari impronte che questa malattia stampa su tutta la funzionalità fisica e psichica, influiscano sulla capacità di intendere e di volere"; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 664. Al fine del giudizio di imputabilità, l'alterazione mentale deve sussistere al momento del fatto. "Rispetto alle malattie mentali con manifestazioni intervallate, quale l'epilessia, in cui ai periodi c.d. accessuali di alterazione mentale si alternano periodi c.d. di lucidità, si è posto il problema se sia o non sia imputabile il soggetto che commette il fatto nel c.d. lucido intervallo. Poiché il malato di mente, anche se si trova in un periodo di lucidità, resta sempre affetto dalla malattia mentale durevole, è a questa che deve guardarsi per vedere, caso per caso, se ed in che misura la sua incidenza sull'intera psiche influisca sulla capacità di intendere e di volere". Mantovani spiega ciò facendo riferimento al caso di un soggetto epilettico che commette un reato, sostenendo che questo sarà imputabile se il reato è stato compiuto in una fase intervallare libera da disturbi di natura psicologica, ma non sarà imputabile totalmente o parzialmente, a seconda del caso, se il reato, pur se compiuto in una fase intervallare è espressivo di alterazioni di tipo psichiatrico.

consapevolmente posto in una situazione di incapacità, all'esito della quale compie un reato. Ci si riferisce al caso di stato preordinato d'incapacità d'intendere e di volere, con il fine di commettere un reato o di preconstituirsì una scusa (art. 87 c.p.) e all'ubriachezza volontaria, sia essa colposa o preordinata (artt. 92 e 94 c.p.).

Se è certo, in quanto lo prevede l'art. 85 c.p., che vi deve essere una coincidenza temporale tra la realizzazione della singola condotta e la incapacità d'intendere e di volere, affinché il soggetto che ha commesso il fatto venga giudicato non imputabile; d'altra parte, è stato oggetto di controversia, se debba sussistere un **nesso eziologico**, oltre che quello cronologico, **tra causa di esclusione dell'imputabilità e condotta realizzata**, o meglio, se l'imputabilità deve essere riconosciuta o meno in relazione al singolo fatto concreto.

Il problema si è posto con riguardo a quelle infermità che toccano solo alcuni settori delle capacità mentali, ad esempio le monomanie (tra cui, la cleptomania, la piromania); e comunque, con riferimento a quei casi in cui il fatto commesso non risulta coerente con la causa del vizio di mente, ad esempio, si pensi al soggetto affetto da mania di persecuzione che commette un furto; lo stesso problema, riguarda poi anche il rapporto tra i disturbi di personalità e il fatto, dato che tali disturbi, secondo la dottrina più autorevole e la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, possono rientrare nella nozione di infermità<sup>72</sup>.

Nell'ambito criminologico, un'autorevole dottrina, pur riconoscendo che un nesso eziologico tra patologia e reato non è previsto dal codice, ancora comunque l'esistenza dell'incapacità di intendere e di volere ad

---

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 373.

un criterio di relazione col fatto specifico<sup>73</sup>. Questa impostazione deriva da un diffuso orientamento psichiatrico forense, secondo cui, il vizio di mente sussiste soltanto in quei casi in cui la condotta criminosa non è altro che la manifestazione sintomatica di un disturbo patologico psichico.

Tuttavia, a fronte di questa tesi, si è obiettato che non è semplice ipotizzare che un reato sia il sintomo, la conseguenza di una malattia<sup>74</sup> e che le malattie mentali e i disturbi psichici sono solo una delle possibili varianti che possono contribuire a determinare la condotta criminosa, ma non la causa dell'esecuzione del reato.

In relazione a ciò, una parte della dottrina penalistica esclude che debba sussistere un rapporto causale tra infermità che ha reso l'autore del reato incapace e il fatto commesso, anche perché se si deve stare alla lettera dell'art. 85 c.p., questo non richiede alcun rapporto causale, difatti parla di incapacità "al momento del fatto" e non "in rapporto al fatto"<sup>75</sup>. Probabilmente, è lo scarso collegamento con le scienze psicologiche che fa affermare ad alcuni autori questa tesi.

---

<sup>73</sup> MERZAGORA BETSOS I, *L'imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 582. Tale corrente dottrinale sostiene: "non basta cioè, la presenza di una qualsivoglia, ancorché grave, infermità, ma l'infermità deve presentare caratteristiche tali da aver partecipato alla genesi e alla dinamica di quel particolare reato". Questo pensiero emerge dal principio per cui il giudizio di inimputabilità passa attraverso l'accertamento dell'infermità e della sua incidenza sulla capacità di intendere e di volere e questo duplice accertamento è necessario perché serve un'indagine criminogenetica e criminodinamica che metta in relazione la patologia alla capacità, in base ad uno specifico comportamento.

<sup>74</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub. art. 85, 9. Tale obiezione può essere sostenuta da tale esempio: colui che è soggetto di un delirio di gelosia, si colloca sullo stesso piano della persona tradita, ma che non è affetta da un delirio. Entrambe queste due persone sono state tradite dal coniuge, ma ciò che le differenzia, è l'origine di questa convinzione. Nel primo caso, il disturbo psichico, nel secondo, l'esame della realtà. Quindi, una volta che entrambe le persone assumono la consapevolezza di essere state tradite, il comportamento successivo sarà il risultato di una serie di variabili personali, relazionali, culturali ecc.

<sup>75</sup> Per esempio ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 630. "Si sostiene che, per escludere o diminuire l'imputabilità non basta l'esistenza di un'anomalia mentale nel momento del fatto, e cioè un rapporto cronologico: occorre anche un nesso causale, per cui il fatto commesso risalga allo stato di mente come l'effetto alla causa". Ma alla fine ritiene che tale tesi suscita delle perplessità. Anche PADOVANI sembra condividere questo indirizzo. PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2004, 181.

Tuttavia, parte della dottrina penalistica più recente, sostiene che può sussistere un'imputabilità settoriale rispetto ad un tipo di fatto e non rispetto ad altro tipo ed inoltre, che la valutazione del disturbo deve essere ancorata alla sua incidenza sulla capacità del soggetto nella specifica situazione, nel caso concreto<sup>76</sup>. Chiaramente, questo tipo di orientamento, risulta più attuale, dato che permette di assicurare che il giudizio di colpevolezza, quindi di imputabilità, rifletta le reali componenti psichiche soggettive del fatto di reato, garantendo una risposta individualizzata alle condizioni e alle caratteristiche soggettive dell'imputato. Tra l'altro, in quest' direzione, si sono espresse anche le Sezioni Unite della Suprema Corte, nel senso che hanno ritenuto che l'imputabilità deve essere riconosciuta in relazione al singolo fatto concreto<sup>77</sup>, e hanno rilevato che, sul piano dell'interpretazione letterale, l'inciso di cui all'art. 85 c.p. "*al momento del fatto commesso*", "non esclude affatto che quella capacità debba essere, appunto a quel momento, valutata nella sua incidenza psico-soggettiva in riferimento

---

<sup>76</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 368. L'imputabilità va accertata nel soggetto in relazione al singolo fatto concreto. Quindi, il giudice dovrà verificare se sussiste una relazione tra la patologia mentale e il delitto commesso. Per esempio, il cleptomane non è imputabile per il furto, perché tale reato è stato commesso a causa della sua malattia mentale, ma potrà essere riconosciuto capace di intendere e di volere in relazione ad un altro reato, per esempio un delitto di sangue. Da questo punto di vista, è corretto parlare di imputabilità settoriale; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 461. L'imputabilità va accertata con riferimento al reato commesso. Infatti, può succedere che, nello stesso momento, un individuo sia in grado di percepire il disvalore del proprio comportamento rispetto ad un fatto, ma non rispetto ad un altro; anche MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 664. L'autore ritiene che l'incapacità di intendere e di volere deve riguardare lo specifico fatto posto in essere dal malato di mente. Egli riporta anche un esempio: un soggetto affetto da mania di persecuzione non sarebbe imputabile, e quindi punibile, se uccide il presunto persecutore, ma lo sarebbe se commette un delitto che non ha alcun rapporto con l'idea delirante, ad esempio un reato di violenza sessuale.

<sup>77</sup> Tra la giurisprudenza di merito più recente: G.U.P. Trib. Milano, 24 Ottobre 2003, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 468. Secondo cui "al fine di non allargare eccessivamente il campo della non imputabilità, deve essere individuabile un rapporto diretto tra il reato commesso e la specifica anomalia dell'agente e solo qualora la condotta criminosa trovi la propria motivazione nella particolare psicopatologia dell'imputato potrà iniziare a parlarsi di rilevanza dell'anomalia sulla capacità di intendere e di volere".

al fatto medesimo, in relazione alle connotazioni motivanti ed eziologiche dello stesso”<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 2005, in *Cass. pen.*, 2005, 1873.

## 5. Cenni alla crisi del concetto di imputabilità

Non si può tralasciare che da tempo si è avvertita l'inadeguatezza della disciplina dell'imputabilità sotto diversi profili, tale da ritenere che ci sia una crisi di tale concetto. Infatti, ci sono stati diversi indirizzi, di segno diverso, che hanno reso la distinzione tra soggetti imputabili e soggetti non imputabili, più problematica ed incerta.

In un primo momento ci sono stati diversi sviluppi scientifici, che hanno considerato il reato come il risultato di disturbi psichici o di condizioni di emarginazione sociale del delinquente. In sostanza, queste condizioni giustificerebbero l'azione del reo, il quale non sarà dichiarato imputabile, in quanto la condotta posta in essere è stata determinata da questi condizionamenti del tutto indipendenti dalla sua volontà. Peraltro, ci si è chiesti se la nascita delle neuroscienze, un insieme di discipline che si occupano di studiare i vari aspetti morfo-funzionali del sistema nervoso mediante delle tecniche apposite, per esempio il *neuroimaging*, abbia in parte contribuito alla c.d. crisi del sistema dell'imputabilità. Difatti, recentemente la ricerca genetica ha apportato dei contributi significativi circa il rapporto tra comportamenti antisociali e la presenza di determinati geni o di una determinata configurazione cerebrale in alcuni autori di tali comportamenti. Meglio, ci si è posti il problema se i risultati a cui sono giunte le neuroscienze, abbiano messo in crisi il concetto di libertà che è il fondamento della responsabilità penale e dell'imputabilità, intesa quest'ultima come capacità di intendere e di volere. Tuttavia, secondo il prevalente pensiero della scienza penalistica, le teorie neuroscientifiche non sono idonee a portare ad un abbandono della tradizionale concezione di libertà del soggetto agente, piuttosto possono essere considerate un utile

strumento per fornire un contributo al giudice, il quale potrà essere aiutato da queste discipline nel decidere sul giudizio di imputabilità, e possono anche essere un utile strumento per ripensare il concetto di capacità di intendere e di volere<sup>79</sup>. È chiaro che in questa direzione, il concetto di imputabilità e gli stessi concetti di colpevolezza e punizione vengono a scemare. Tra l'altro, proprio in quest'ottica vi sono state diverse teorie volte a soppiantare le idee di colpevolezza e di punizione con quelle di anomalia psicologica e di trattamento curativo-riabilitativo, e questo è sicuramente un aspetto che ha messo in crisi il principio della responsabilità penale<sup>80</sup>.

Inoltre, la compresenza di orientamenti scientifici non univoci, basta pensare al superamento del paradigma medico-organicista, con quello psicologico e sociologico, di cui si dirà in seguito nell'ambito dell'ampliamento del concetto di infermità, ha, come già accennato nel paragrafo precedente, accentuato la discrezionalità politico-valutativa e la responsabilità decisionale dei soggetti titolari della funzione legislativa, per i quali s'intende legislatore e giudici. È ovvio che, dal momento che la psichiatria ha sottoposto a revisione critica i suoi stessi paradigmi, mettendo in crisi le sue tradizionali verità e sviluppando nuovi orientamenti, il giudice si troverà nella non facile condizione di dover "scegliere" tra diversi orientamenti scientifici compresenti nell'attuale contesto di "convenzionalizzazione metodologica del sapere psichiatrico"<sup>81</sup>, quindi, sceglierà quello più vicino a sé, alle

---

<sup>79</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 369.

<sup>80</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 369.

<sup>81</sup> Il problema che sussiste nel rapporto tra diritto penale e psichiatria emerge proprio dalla società odierna, quella che Ulrich Beck definisce come "società del rischio". Bisogna prendere atto che la psichiatria è impotente dal punto di vista scientifico, poiché è incapace di identificare l'infermità e

proprie considerazioni personali, e questo si rifletterà poi nella sua scelta valutativa, perciò a fronte di queste considerazioni, si può dedurre che il giudizio di imputabilità è diventato un giudizio discrezionale<sup>82</sup>.

In direzione opposta, si è sviluppato un altro orientamento, nel senso che non solo viene combattuta la prospettiva dell'equiparazione del delinquente al malato di mente, ma si è anche sostenuto che è sbagliato considerare gli infermi psichici come soggetti irresponsabili. Tant'è che il riconoscimento di una certa, seppur minima, capacità di autodeterminazione avrebbe un aspetto positivo, cioè di promuovere il senso di responsabilità. Inoltre, anche con la prospettiva di abolire l'ospedale psichiatrico giudiziario e perché vi è stato un incremento di paradigmi privi di base scientifica, affianco a quello tradizionale, medico-organicista, si era avanzata la proposta di eliminare la categoria dell'imputabilità<sup>83</sup> ed equiparare il trattamento riservato ai soggetti sani

---

di valutare esattamente la capacità di intendere e di volere di quei soggetti che sono affetti da disturbi mentali. Prima, la scienza convinceva in quanto scienza, essendoci, per esempio, soltanto il paradigma medico-organicistico, che presuppone una base scientifica, mentre attualmente, essendoci molti orientamenti privi di base scientifica, bisogna difficilmente "scegliere" tra le alternative.

<sup>82</sup> FIANDACA G., *Osservazioni*, cit., 870. Fiandaca sottolinea come il legislatore futuro, dovrebbe quindi, evitare una doppia tentazione, quella del conservatorismo preconcetto e quella del cedimento dell'ultima moda.

<sup>83</sup> BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 228-229. Prima di esaminare il pensiero della Wutton, bisogna fare una premessa: i diversi paradigmi, quello medico-nosografico, psicologico e sociologico sono privi di base scientifica e questo comporta che il giudice vada in confusione nel momento in cui deve affrontare il giudizio di imputabilità (di ciò si avrà modo di approfondire nei paragrafi che seguono). Da ciò, Bertolino riporta che un'autrice inglese, la Wutton, ritiene che l'unica via di uscita dall'attuale situazione di confusione e incertezza, sarebbe quella di abbandonare il concetto di persona imputabile, perché né la medicina, né qualsiasi altra scienza, potrà provare che una persona non sia in grado di resistere ai propri impulsi perché non può, o perché non vuole. Infatti, le proposizioni della scienza devono essere soggette a verifica empirica: questo perché, non essendo possibile mettersi nei panni di un altro uomo, non è di conseguenza possibile adottare un criterio oggettivo che possa distinguere fra il "non ha resistito" e il "non ha potuto resistere", quindi per questo motivo è impossibile fissare una misura esatta di responsabilità. A fronte di questo problema, la Wutton, propone di incentrare il sistema penale, non più sul principio di colpevolezza e di conseguenza di punizione, ma dovrebbe diventare un sistema di correzione fondato sul trattamento. Il giudice quando deve valutare il caso concreto, non deve più basarsi sul giudizio di colpevolezza o meno, ma su un giudizio di prevenzione generale e speciale. Meglio, dovrebbe chiedersi quale sia la pena migliore che inflitta al soggetto faccia in

con quello dei soggetti psichicamente malati, anche se a questi ultimi era possibile garantire un'assistenza medico-psichiatrica in carcere.

Però, queste proposte, sono state oggetto di diverse obiezioni: infatti, se si ritiene che è un pregiudizio preesistente quello per cui il malato di mente non sia capace di avvertire il senso della pena, rischia di cadere in un altro pregiudizio, la tesi che gli accredita sempre tale capacità. Infatti, con riferimento a quest'ultimo punto, la psichiatria ha sottolineato come non sia possibile raggiungere delle finalità di responsabilizzazione e di terapia, al malato di mente autore di reato, mediante una artificiosa e rigida affermazione di piena capacità di intendere e di volere. Di fatto, sono tutti orientamenti diversi ed opposti che tra di loro non collimano.

Se quindi, non è possibile rinunciare al concetto di imputabilità, è forse il caso di ridefinirlo considerando anche le nuove acquisizioni scientifiche psichiatriche e psicologiche. Infatti, la Commissione del Progetto Grosso del 2000, aveva proposto di allargare i presupposti dell'incapacità d'intendere e di volere, affiancando al tradizionale concetto dell'infermità di mente, il riferimento ad "altro grave disturbo della personalità"<sup>84</sup>. Tra l'altro, ci sono stati degli ordinamenti stranieri in cui questa apertura estensiva dell'infermità è già avvenuta, e non si è comunque registrato un aumento spropositato di casi di

---

modo che non ci sia una recidiva. Questa linea di pensiero, comporta l'eliminazione dell'istituto dell'imputabilità e anche del principio della responsabilità penale che presuppone il principio di colpevolezza. Infatti, quest'ultimo fungerebbe da parametro per determinare il tipo di sanzione penale da applicare al caso concreto e non svolgerebbe più la funzione di condizione necessaria per la condanna.

<sup>84</sup> FIANDACA G., *Osservazioni*, cit., 871. Questa scelta che potremmo definire estensiva, riflette il pluralismo di paradigmi che oggi connota il sapere psichiatrico, dato che il paradigma medico-nosografico è stato affiancato, grazie all'evoluzione scientifica, da altri paradigmi, quello psicologico e quello sociologico. La critica che si potrebbe fare a tale scelta, è che lo sviluppo del sapere scientifico metterebbe in dubbio il giudice, il quale poi sceglierà e deciderà dell'imputabilità in modo discrezionale.

proscioglimento per totale inimputabilità<sup>85</sup>. In conclusione, da un lato, il tentativo di aggiornamento del concetto di imputabilità si scontra con la pluralità di paradigmi che si sono sviluppati nelle scienze psichiatriche e psicologiche, che mettono il giudice in difficoltà quando deve emettere il giudizio di imputabilità, perché non essendo un esperto in materia, a fronte di una pluralità di soluzioni, sarà propenso chiaramente a scegliere quella che per lui è più affidabile ed opportuna, non essendo però per forza corretta; dall'altro, non si avrebbe un concetto autonomo di imputabilità, perché sarebbe costantemente vincolato ai parametri di altre discipline, senza soddisfare invece, le esigenze del diritto penale<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> COLLICA M.T., *Prospettive*, cit., 891-892. L'autrice evidenzia come sia stato il Codice penale tedesco del 1975 ad aver aperto la strada alla rilevanza dell'altra "grave anomalia psichica" e di aver costituito il modello ispiratore delle legislazioni successive. Tale soluzione è stata recepita dal Codice penale spagnolo del 1995 che non definisce l'imputabilità, ma si limita a prevedere una clausola generale di infermità, includendovi anche "qualunque anomalia o alterazione psicologica"; poi ancora, il Codice penale portoghese del 1982 che considera non imputabile chi al momento del fatto, a causa di "un'anomalia psichica" sia incapace di comprendere l'illiceità del fatto e di determinarsi di conseguenza; il Codice penale francese del 1994 fa riferimento in modo generico ad un "disturbo psichico o neuropsichico che abbia annullato il discernimento della persona o il controllo dei suoi atti"; il Codice penale peruviano del 1991 che esclude la responsabilità penale di chi non possieda la facoltà di comprendere il carattere delittuoso del suo atto o di determinarsi secondo tale valutazione, a causa di un'anomalia psichica, grave alterazione della coscienza o per il soffrire di modificazioni della percezione che abbiano inciso grandemente; infine, il Codice penale sloveno del 1995 che prevede come causa di esclusione dell'imputabilità anche "un'altra anomalia psichica" che sia permanente e grave.

<sup>86</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 348-349.

## 6. L'imputabilità ed i diversi orientamenti sul suo inquadramento dogmatico

Con riferimento al concetto di imputabilità, appare opportuno affrontare una questione che è assai controversa nell'ambito della dottrina italiana. Si allude all'inquadramento dogmatico o collocazione sistematica di questo istituto. Partiamo da una premessa: la nozione di imputabilità e la disciplina delle relative cause che la attenuano o escludono è disciplinata dagli artt. 85 e ss. del codice penale. Queste disposizioni sono collocate non nel titolo III del libro I, dedicato al reato, ma in quello IV, denominato "*Del reo e della persona offesa dal reato*". Ed è proprio da questa collocazione che si è dato il via al dibattito sull'inquadramento dogmatico dell'imputabilità, peraltro la disciplina di quest'ultima e la sua posizione sistematica costituiscono uno dei capitoli più interessanti del diritto penale sostanziale<sup>87</sup>.

Ci sono, in particolare, due principali impostazioni che ruotano attorno a questo tema. Vediamole.

Una prima impostazione sostiene che per verificare la sussistenza o meno dell'*imputabilità* è opportuno accertare previamente l'esistenza di un reato già perfetto, collocando così l'imputabilità nella teoria del reo e descrivendola *come condizione personale di sottoposizione a pena*; l'altra, riconduce l'imputabilità nell'ambito della *colpevolezza*, o come presupposto o come suo elemento.

Cominciamo dal primo orientamento, secondo cui la collocazione topografica della disciplina dell'imputabilità nel codice, sta a significare che questo istituto non deve essere inserito nell'ambito della

---

<sup>87</sup> PAVAN G., *L'imputabilità*, cit., 308.

colpevolezza, intesa come terzo elemento del reato, assieme a fatto tipico e antiggiuridicità, bensì in quello del reo. In questo senso, l'**imputabilità** presuppone il reato e non concorre a costituirlo, e si configura come una **condizione personale per l'applicazione della pena**. In altri termini, l'imputabilità, in quanto modo di essere dell'individuo, condizione o *status* personale, costituirebbe un requisito della capacità giuridica penale, intesa come capacità di essere sottoposto a pena (dal momento che il non imputabile è comunque "penalmente capace", in quanto può essere destinatario di misure di sicurezza, strumenti che rientrano appunto, nell'ambito del complesso sanzionatorio penale)<sup>88</sup>.

Le ragioni di questa tesi sono, soprattutto, di carattere testuale, infatti: L'**art. 202 c.p.** denominato "Applicabilità delle misure di sicurezza" prevede che "le *misure di sicurezza* possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un *fatto* preveduto dalla legge come *reato*". In questo caso, per "un fatto preveduto dalla legge come reato" si deve intendere, indubbiamente,

---

<sup>88</sup> Tra i suoi più autorevoli sostenitori vi è Antolisei. ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 617-619. L'autore ha affermato che l'imputabilità costituisce una qualità, un modo di essere dell'individuo, uno *status* della persona, cioè una condizione necessaria affinché l'autore del reato sia assoggettabile a pena, e la mancanza di imputabilità, opererebbe semplicemente come causa personale di esenzione da pena. Tra l'altro, aggiunge che questa tesi "trova conferma nel testo del Codice Rocco, il quale negli artt. 86, 111, 648, qualifica come reato o delitto il fatto commesso dalla persona non imputabile". Secondo Antolisei non si tratterebbe di una improprietà terminologica sfuggita ai compilatori del codice vigente, ma di un linguaggio armonioso con il sistema della legislazione attuale. La prova è data dal fatto che il legislatore, modificando con l'art. 15, legge 22 Maggio 1975 n. 152, l'art. 648 del codice, ha lasciato invariato l'inciso in esame. Ed inoltre, lo ha richiamato quando ha inserito nel codice gli artt. 648 *bis* e 648 *ter*. "È naturale e logico che la nozione del reato comprenda anche il fatto che, minacciato in astratto con una pena, ha per conseguenza giuridica l'applicazione di una misura di sicurezza"; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 344. Fiandaca evidenzia come anche PAGLIARO pensa in modo analogo, poiché quest'ultimo considera l'imputabilità come un aspetto della capacità giuridica penale, e quell'aspetto di essa che fa da presupposto all'attribuzione di un illecito sanzionato con pena; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 766-770 (v. nota n. 90); MARINI G., *Imputabilità*, cit., 249-252 (v. nota n. 90); GALLO M., *Appunti di Diritto Penale. Volume V L'imputabilità*, Torino, 2013, 25-31 (v. nota n. 90); PAGLIARO A., *Principi*, cit., 179-183 (v. nota n. 90).

l'illecito penale complessivamente inteso, quindi la condotta posta in essere dovrebbe rispondere ai requisiti di tipicità oggettiva e soggettiva. Poi ancora, l'**art. 203 c.p.** nominato "Pericolosità sociale" stabilisce che "Agli effetti della legge penale, è *socialmente pericolosa* la persona, *anche se non imputabile* o non punibile, la quale ha commesso taluno dei *fatti indicati nell'articolo precedente*, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati". Anche in questo caso, si fa riferimento ad un fatto che costituisce reato, complessivamente inteso, tenendo quindi conto, dei requisiti sia oggettivi, che soggettivi.

Di nuovo, l'**art. 203.3 c.p.** dispone che *per determinare la pericolosità sociale*, bisogna attenersi alle circostanze indicate dall'art. 133 c.p., e quindi anche all'*intensità del dolo* e della *colpa*. Inoltre, in altre disposizioni del codice, ad esempio gli **artt. 648, 648 bis, 648 ter**, viene qualificato come delitto il fatto del non imputabile.

Infine, gli **artt. 222 e 224 c.p.**, in materia di *misure di sicurezza* nei confronti di *soggetti non imputabili*, individuano la *durata minima* delle misure stesse facendo riferimento alla *gravità del reato* commesso e quindi, alla qualificazione del fatto commesso dal non imputabile come doloso, colposo o contravvenzionale.

Sulla base di queste premesse, l'esistenza dell'elemento psicologico, nelle forme del dolo o della colpa, andrebbe accertata prima e indipendentemente dalla imputabilità<sup>89</sup>. Soltanto che, da un lato, nel

---

<sup>89</sup> Infatti, in particolare, gli artt. 222 e 224 c.p., che ricollegano i minimi di durata delle misure di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e del riformatorio giudiziario alla gravità dei reati commessi, contengono un implicito riferimento all'intensità del dolo e al grado della colpa. Da ciò, ne deriva, dato che le misure di sicurezza si possono applicare anche ai soggetti non imputabili, ma pericolosi, che secondo il legislatore, gli elementi soggettivi del dolo e della colpa, sono riferibili anche ai soggetti non imputabili. Quindi, l'impostazione dottrinale appena esposta, ne deduce, che se così è, l'imputabilità non potrà essere considerata un presupposto della colpevolezza, bensì uno stato soggettivo che decide dell'assoggettabilità a pena in senso stretto.

caso di un soggetto imputabile, il contenuto psicologico costituirà oggetto del giudizio di colpevolezza; invece, nel caso di un soggetto incapace di intendere e di volere, l'atteggiamento psichico dovrà essere valutato nell'ambito della valutazione della pericolosità sociale.

Quindi, in conclusione, tale tesi ha portato gli interpreti a qualificare come "reato" il fatto del non imputabile, poiché la dinamica psichica dell'incapace risulterebbe perfettamente assimilabile a quella del soggetto capace<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 618. L'autore ritiene che la violazione della legge penale commessa dal non imputabile, sia esso un minore, un infermo di mente ecc., pur non implicando in concreto l'applicazione della pena, comunque costituisce un reato. Poi aggiunge: è stato detto che nel nostro ordinamento non si può parlare di reato, se in concreto la pena non si può applicare. Ma, egli, considera quest'ultima obiezione infondata poiché, affinché esista il reato, basta che il fatto sia astrattamente vietato dalla legge con la comminatoria di una pena. Inoltre, sebbene molti autori ritengono che il soggetto non imputabile non può violare la legge penale, in quanto non sarebbe destinatario della stessa, in realtà non è vero, poiché i precetti penali si dirigono a tutti i sudditi indistintamente, quindi, di conseguenza, anche agli immaturi e agli infermi di mente, i quali, non sono sempre incapaci di comprenderli e di agire in conformità. Di fatto, "considerare estrani dall'ordinamento giuridico-penale l'*infans* e l'*amens* porta a negare il carattere dell'antigiuridicità delle azioni criminose di questi individui, il che è inammissibile, sia perché le azioni in parola possono essere giuridicamente impedito, sia perché, quando vengono compiute, lo Stato non rimane inattivo, ma reagisce con le misure di sicurezza". Queste considerazioni, hanno indotto la maggioranza della dottrina a riconoscere l'antigiuridicità delle azioni criminose dei non imputabili, ma, come si dirà in seguito, in base al secondo orientamento, il fatto del non imputabile viene considerato come un semplice *torto oggettivo*, e non un reato, poiché il fatto verrebbe in rilievo solo nel suo aspetto esteriore, come un semplice avvenimento antisociale. Tuttavia, sostiene Antolisei, questo non è vero, poiché "non è vero che il giudice nell'applicare la misura di sicurezza si limita ad accertare la rispondenza del fatto materiale ad un figura tipica di reato e la mancanza di cause di giustificazione", ma "egli deve, esaminare anche il lato interno dell'azione che è stata commessa, indagando se il fatto possa psicologicamente attribuirsi al soggetto e se sussista il dolo o la colpa". Quindi, l'azione criminosa del soggetto non imputabile, non è un mero torto oggettivo, bensì un *torto soggettivo*; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 766-770. Le norme di cui agli artt. 222 e 224 del codice "fissano, per l'applicazione delle misure di sicurezza, dei minimi di durata a seconda della gravità del reato: ma questa, va desunta, per l'art. 133 c.p., dall'intensità del dolo o dal grado della colpa, così che il giudice non potrebbe applicare quelle disposizioni senza accertare se il fatto compiuto dall'incapace fosse doloso piuttosto che colposo. E poiché dalla forma che l'atteggiamento psichico dell'agente ha assunto dipende la natura minima del provvedimento, non si vede come possa davvero pretendersi di escludere la configurabilità del dolo come della colpa nei confronti di soggetti incapaci di intendere e di volere". Inoltre, sostiene Crespi, il legislatore non ha offerto una duplice nozione degli elementi soggettivi, a seconda, che essi siano realizzati da un imputabile o da un non imputabile, ma li ha individuati una volta per tutte con una formula generale, non incompatibile con l'azione del soggetto incapace di intendere e di volere, quindi si sarebbe fuori dal sistema quando tali elementi soggettivi venissero arbitrariamente riferiti solo a persone mature e psichicamente sane. Quindi, "se dolo e colpa non implicano necessariamente l'imputabilità dell'agente, questa non può dunque essere considerata come presupposto od

---

elemento della colpevolezza". Inoltre, la stessa sistemazione dell'istituto dell'imputabilità nell'ambito delle norme che si occupano del reo e non fra quelle che disciplinano l'elemento psicologico del reato conferma, la tesi per cui l'imputabilità configura come una condizione personale per l'applicazione della pena; MARINI G., *Imputabilità*, cit., 249-252. Ricorda che "sul piano formale, l'imputabilità, costituisce solo la condizione necessaria perché il soggetto sia sottoposto alla pena prevista per il fatto da lui commesso. L'esistenza di possibili *hiatus* tra essa e la sottostante condizione naturalistica di capacità di intendere e di volere impone, inoltre, di negare a quest'ultima la natura di fatto giuridico funzionale. Se infatti si può affermare che la capacità di intendere e di volere costituisce presupposto indefettibile per l'esecuzione in concreto della pena, lo stesso non si può dire se la si considera al momento di commissione del reato, ben potendo in questo momento mancare senza che, per questo, debba mancare anche l'imputabilità". Se ciò è vero, emerge la possibilità che vi sia uno sfasamento al momento del fatto tra l'imputabilità e la capacità di intendere e di volere, e quindi appare chiara l'autonomia del reato nei confronti dell'imputabilità. Con riferimento all'aspetto dello sfasamento, al momento del fatto, tra imputabilità e capacità di intendere e di volere, basta pensare alle ipotesi di capacità naturalistica dovute ad un fatto colposo del soggetto. In questi casi, quest'ultimo sarà imputabile, a prescindere se aveva delle condizioni di normalità al momento del fatto. Si pensi, anche al minore di anni 14 che, a prescindere dal suo grado di maturazione, sarà sempre non imputabile; invece, con riferimento all'aspetto dell'autonomia del reato rispetto all'imputabilità, si evidenzia che il fatto considerato dall'ordinamento reato, produce in astratto conseguenze giuridiche che solo in concreto possono non verificarsi. Quindi, egli ritiene che il reato, inteso come un fatto conforme al modello e lesivo di un interesse protetto cui consegue una sanzione dell'ordinamento penale, sia essa una pena o una misura di sicurezza, sussiste indipendentemente dalla presenza o dall'assenza dell'imputabilità, la cui rilevanza assume significato soltanto ai fini della specializzazione o meno della sanzione. Inoltre, "non esiste un'assoggettabilità dell'autore del fatto alle misure di sicurezza svincolata dall'accertamento dell'elemento soggettivo, quanto meno perché, l'accertamento di pericolosità, ex art. 203 c.p., postula, tra l'altro, l'accertamento pregresso del reato al completo dei suoi elementi oggettivi e soggettivi". In questo senso, alla fine, basta guardare ciò che il legislatore ha disposto: richiamo nell'orbita penalistica del fatto preveduto dalla legge come reato commesso da un soggetto non imputabile, dualismo delle sanzioni, pena e misura di sicurezza, che vengono attribuite a seconda della presenza o meno dell'imputabilità, esigenza di ricostruire il fatto commesso dal soggetto non imputabile in modo conforme agli schemi delineati in modo unitario dal legislatore. Inoltre, l'autore ribadisce che non è consentita alcuna duplicazione di nozioni circa l'elemento soggettivo, e se il legislatore ha taciuto, non sembra consentito ridurre l'ambito operativo delle ipotesi dirimenti dell'elemento soggettivo quando vi è il vizio di mente. A sostegno della prima impostazione vi è anche GALLO M., *Appunti*, cit., 25-31. Anche egli ritiene che considerare l'imputabilità come presupposto della colpevolezza, sia una concezione indipendente dal dato normativo, poiché il dolo e la colpa intesi come elemento soggettivo, sono considerati in modo unitario, quindi non vi è una differenza a seconda che il fatto venga posto in essere da un soggetto capace o da un incapace. Si tratta sempre di un reato. Quindi, l'imputabilità configura come un presupposto di capacità di pena. "La regola normativa è questa. L'imputabilità è condizione perché l'autore, penalmente capace, di un fatto previsto dalla legge come reato sia assoggettabile a pena in senso stretto. Simmetricamente si colloca la condizione per l'applicabilità di una misura di sicurezza: la pericolosità sociale". Egli ritiene che giudicare dei motivi e del carattere di chi ha compiuto un fatto considerato un reato, vuol dire considerare la sua minore o maggiore capacità di intendere e di volere. Ma a prescindere che queste capacità si presentino più intense o meno, comunque la colpevolezza ne sarà influenzata. Infatti, anche l'art.133 c.p. dice quando una persona debba essere considerata più responsabile, e quindi più colpevole; PAGLIARO A., *Principi*, cit. 179-183. Come risulta, dall'art. 85.1 c.p., l'imputabilità è una qualifica soggettiva richiesta, affinché, al soggetto possa essere attribuito un illecito sanzionato con pena. L'imputabilità non è altro che un requisito della capacità giuridica penale ed indica, quindi, la possibilità di costituire l'imputazione di un illecito sanzionato con pena. "Non è possibile ritenere

A sostegno di questa possibile equiparazione, anche sotto il profilo soggettivo, tra fatto compiuto dal soggetto imputabile, e fatto compiuto dal soggetto non imputabile, si rende evidente come anche un minore di anni 14, o l'infermo di mente, possono compiere un fatto doloso o colposo. Per esempio, in quest'ultimo caso, pensiamo ad un soggetto che investe un pedone per aver guidato la propria auto in modo imprudente, con una velocità eccessiva, poiché era intento a sfuggire da un pericolo immaginario, frutto del suo delirio paranoide. Qui, è vero che il soggetto agente è non imputabile, poiché la sua azione è stata la conseguenza di un delirio cronico, ma allo stesso tempo è presente l'elemento soggettivo della colpa, l'agente ha agito colposamente, in quanto è stato imprudente nel guidare, con una velocità alterata la sua vettura. Sebbene la condotta sia stata la causa di un delirio paranoide, e per questo il soggetto sarà non imputabile, egli ha comunque posto in essere un fatto criminoso, vietato dall'ordinamento, nel caso specifico ha violato le norme del Codice della strada, perlopiù investendo un pedone. Quindi, in quanto soggetto non imputabile, ma pericoloso, potrà essere sottoposto ad una misura di sicurezza, strumento che rientra nell'ambito del complesso sanzionatorio penale (in questo senso, l'imputabilità configura come la capacità di essere sottoposto a pena). E la sua pericolosità sociale verrà valutata, in questo caso, in base all'elemento soggettivo della colpa, ai sensi degli artt. 203.3 e 133 c.p. Da questo semplice esempio, emerge come la dinamica psichica del

---

che la imputabilità attiene alla capacità generale, quindi alla capacità di intendere e di volere. Poiché, i soggetti privi della imputabilità possono, se socialmente pericolosi, essere assoggettati alle misure di sicurezza e, perciò, divengono punto di imputazione di un illecito penale". Quindi, "la imputabilità, deve essere considerata una forma di capacità speciale, inerente all'attribuzione dell'illecito penale sanzionato con pena".

soggetto incapace, risulta uguale a quella di un soggetto capace, l'elemento soggettivo della colpa c'è, il reato è stato posto in essere.

Sebbene questa prima impostazione abbia avuto, come abbiamo visto, diversi sostenitori, secondo un altro orientamento, risulterebbe riduttiva, poiché pecca di formalismo, cioè perde di vista la stretta relazione che intercorre tra l'imputabilità e l'illecito penale.

Una parte della dottrina italiana più recente, attualmente più seguita, ritiene che deve essere recuperata la diversa prospettiva che riconduce l'imputabilità nell'ambito della colpevolezza, poiché è proprio l'imputabilità, cioè la maturità psicologica del reo, che consente di muovere un rimprovero all'autore del reato. Infatti, quest'ultimo ha senso se il suo destinatario ha la maturità mentale che gli consente di distinguere il lecito dall'illecito e di conformarsi alle aspettative comuni dell'ordinamento giuridico<sup>91</sup>. In questo senso, l'**imputabilità** viene intesa come **capacità di colpevolezza o presupposto della medesima**<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Anche AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., cit., 365. La nozione di colpevolezza, se privata dell'elemento dell'imputabilità, diventerebbe una nozione priva del suo unico significato, poiché in assenza di una libertà di scelta, non è possibile rimproverare a nessuno di aver commesso un fatto se era necessitato a compierlo. Quindi, il giudizio di rimprovero, presuppone la libertà di agire.

<sup>92</sup> Tra i sostenitori di questa teoria: FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 346. Gli autori considerano l'imputabilità come il primo presupposto del rimprovero di colpevolezza. Infatti, "se la colpevolezza presuppone una consapevole capacità di scelta tra diverse alternative di azione, allora l'imputabilità, che fornisce il criterio minimo dell'attitudine ad autodeterminarsi, costituisce, necessariamente, la prima condizione per esprimere la disapprovazione soggettiva del fatto tipico ed antiggiuridico commesso dall'agente"; BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 527. Secondo la Bertolino, il soggetto non imputabile compie azioni che si devono considerare antiggiuridiche, sebbene non siano azioni colpevoli, poiché se l'imputabilità fa difetto, di conseguenza e necessariamente, farà difetto anche la colpa. Quindi, "l'imputabilità è un presupposto della colpa, e non già...un presupposto dell'antigiuridicità"; PADOVANI T., *Diritto penale* XI edizione, Milano, 2017, 227-228. Egli sostiene che è vero, come ritengono i sostenitori della prima tesi, che al fine di applicare le misure di sicurezza rileva la distinzione tra delitto doloso e delitto colposo. Ma questi elementi soggettivi non devono prescindere dall'imputabilità. Infatti, "anche gli incapaci possono realizzare il fatto con dolo o con colpa, ma tali coefficienti di

L'imputabilità costituirebbe quindi, il primo momento del giudizio di rimproverabilità, che il giudice deve compiere dopo aver accertato l'esistenza di un fatto tipico ed antiggiuridico. In questo modo, la prova del dolo e della colpa non potrebbero nemmeno essere date, se prima non si accerta che l'agente è capace di intendere e di volere, e quindi imputabile.

Da questo punto di vista, non si contesta che l'ordinamento giuridico considera il dolo e la colpa anche con riferimento alla condotta dei soggetti incapaci di intendere e di volere, ma il fatto che il dolo e la colpa non esauriscono il concetto di colpevolezza, in quanto

---

imputazione, assumono, nei loro confronti, un valore profondamente diverso che nei confronti dei soggetti capaci". Infatti, egli porta l'esempio che il dolo di un omicida paranoico, affetto da delirio di persecuzione, non può essere considerato alla stregua del dolo dell'omicida pienamente imputabile. L'incapacità di valutare il significato delle proprie azioni trasformerebbe il dolo in un coefficiente abnorme, che potrà caratterizzare la pericolosità del soggetto, ma non esprimere l'appartenenza del fatto al suo autore, poiché se non c'è imputabilità, di conseguenza, non potrà esservi neanche colpevolezza; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 442-443. Secondo i quali, considerare l'imputabilità come presupposto della colpevolezza ha un ovvio fondamento teorico nell'idea che "la personale rimproverabilità della condotta, ha un senso, solo se riferita ad un autore che possedeva la capacità di orientare diversamente il proprio agire e di essere, in tale direzione, motivato dalle norme giuridiche". Inoltre, il fatto che l'imputabilità debba essere un presupposto della colpevolezza, si coglie anche in riferimento alle funzioni della pena: infatti, "la minaccia della sanzione penale non può svolgere il suo ruolo general-preventivo se non a patto che i destinatari siano in grado di essere motivati da tale minaccia". Del resto, la pena non potrebbe realizzare i suoi obiettivi di rieducazione e recupero se il condannato non è in grado di percepire il significato del trattamento; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 288-290. Affinché si possa rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa è necessario che questa si sia formata in un soggetto capace di intendere e di volere. Con riferimento al minore e all'incapace di intendere e di volere, non è possibile ravvisare una volontà colpevole. Il primo orientamento deve essere respinto per due ragioni: la prima, la colpevolezza si fonda su atteggiamenti psichici di conoscenza e previsione, di conoscibilità e prevedibilità e di volizione, presupponenti tutti la maturità e normalità psichica. In altre parole, si può dire che il soggetto agisce dolosamente in quanto conosce la realtà ed è in grado di rendersi conto dell'azione che compie e delle conseguenze che ne deriveranno. Allo stesso modo, si può dire che il soggetto ha agito con colpa se ha posto in essere una condotta imprudente o negligente, pur essendo capace di agire con prudenza e diligenza. Quindi, se l'imputabilità manca, si avrà solo pericolosità, non anche colpevolezza; in secondo luogo, le disposizioni di cui agli artt. 222 e 224 c.p. non sono da considerare decisive, perché se manca l'imputabilità, si deve parlare solo di pseudo-dolo o pseudo-colpa. "Il dolo e la colpa, vengono richiamati, impropriamente, per indicare la necessaria riferibilità psichica del fatto all'incapace". Quindi, la terminologia legislativa non può essere vincolante se manca di basi ontologiche. La valutazione del dolo e della colpa non sarebbe un momento costante del giudizio di pericolosità, in quanto resta limitata ai casi di soggetti capaci di intendere e di volere, quindi imputabili; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit. 370.

quest'ultimo richiede ulteriori elementi nella prospettiva del rimprovero.

Infatti, il dolo e la colpa del soggetto non capace di intendere e di volere non possono coincidere con gli elementi soggettivi del soggetto che invece, è capace di intendere e di volere.

In altre parole, nessuno dubita che anche un soggetto non imputabile possa agire con dolo o colpa, ma la situazione è diversa. Il dolo dell'incapace di intendere e volere, il quale commette un omicidio, per esempio, spinto dalla sindrome ossessiva di persecuzione, non può essere equiparato al dolo del soggetto imputabile, inteso quale elemento del giudizio di rimproverabilità. Nel primo caso, il dolo è un indice di un grave stato patologico da cui potrebbe derivare pericolosità sociale, mentre nel secondo caso, il giudizio di colpevolezza sul soggetto che ha agito con dolo, ha come presupposto una valutazione sulla capacità del reo di comprendere il disvalore della sua azione e quindi, sull'idoneità dell'autore del reato ad autodeterminarsi rispetto al suo comportamento.

Quindi, quando il codice fa riferimento al termine "reato" o "delitto" del soggetto non imputabile, in realtà si riferisce esclusivamente al fatto storico, tipico ed antiggiuridico, che però non può condurre ad un giudizio di colpevolezza, in quanto non rimproverabile. E in base a quanto appena detto, non è possibile parlare di dolo o colpa, ma, in merito al fatto posto in essere dal soggetto non imputabile, si potrà parlare solo di pseudo-dolo o pseudo-colpa, in quanto si tratterebbe di atteggiamenti, condotte psicologiche "abnormi", influenzate e pregiudicate dalla mancanza della capacità di intendere e di volere.

A fronte di queste considerazioni, un fatto può essere oggetto di un rimprovero personale soltanto ed unicamente a condizione che il suo autore sia imputabile.

Questo secondo orientamento sembra trovare conferma anche nella giurisprudenza prevalente. Infatti, con una sentenza delle Sezioni Unite del 2005, relativa alla rilevanza dei disturbi della personalità nell'ambito del riconoscimento del vizio di mente, la Suprema Corte ha aderito alla tesi secondo cui l'imputabilità è elemento della colpevolezza. La Corte ha affermato: l'art. 85.2 c.p. definisce l'imputabilità come la condizione di chi "ha la capacità di intendere e di volere" e, come appare anche dalla sua collocazione sistematica, nel titolo dedicato al reo, determina una qualifica, o stato, dell'autore del reato, che lo rende assoggettabile a pena. Tuttavia, prescindendo dalla collocazione topografica dell'istituto dell'imputabilità, quest'ultima non si limita ad essere una "mera capacità di pena", ma il suo ruolo deve cogliersi partendo dalla teoria generale del reato. Infatti, chiarisce: "se il reato è un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa, ma anche riprovevolezza, rimproverabilità, l'**imputabilità** è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto **la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto**". Emerge che l'imputabilità non è quindi, "mera capacità di pena", ma "capacità di reato, o meglio, capacità di colpevolezza", quindi, nella sua propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza, poiché non vi può essere colpevolezza senza imputabilità. (C.S.U., 25.1.2005 n. 9163).

Un ultimo aspetto da tenere in considerazione, dopo aver esaminato entrambi gli orientamenti, riguarda la questione dell'errore commesso

dal soggetto non imputabile, ed il problema emerge soltanto con riferimento all'errore condizionato<sup>93</sup>, cioè il caso in cui l'errore in cui cade il soggetto è la diretta conseguenza della patologia che determina la non imputabilità.

Secondo la posizione prevalente della dottrina, ed in particolare l'indirizzo che inserisce l'imputabilità nell'ambito della colpevolezza, quando l'errore è determinato dall'errore condizionato andrebbe esclusa la natura di causa di esclusione della colpevolezza<sup>94</sup>. Quindi, l'imputato andrebbe prosciolto per difetto di imputabilità, ma allo stesso tempo andrebbe valutata la sua pericolosità sociale con il fine di applicargli una misura di sicurezza<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Per "errore condizionato" s'intende un errore che dipende dalla stessa causa che determina la inimputabilità. Questo si distingue dall' "errore incondizionato" cioè un errore indipendente dalla causa dell'infermità. Per esemplificare: nel primo caso, si ha errore condizionato quando, per esempio, Tizio, infermo di mente, spara a Caio, in quanto è convinto, a causa della sua infermità, che quest'ultimo sia un robot radiocomandato inviato ad ucciderlo; nel secondo caso, si ha errore incondizionato quando, per esempio, Sempronio, infermo di mente, spara a Mevio, perché, durante una battuta di caccia, lo ha scambiato per un animale selvatico, senza che l'errore sia in alcun modo connesso con la sua infermità.

<sup>94</sup> In relazione all'errore condizionato ed incondizionato, bisogna tenere presente il disposto di cui all'art. 47.1 c.p. che dispone: "*l'errore sul fatto che costituisce reato esclude la punibilità dell'agente*". Con il termine "errore" si deve intendere un rapporto di difformità tra la cognizione ed il reale. L'errore presuppone un'ignoranza, cioè un difetto di conoscenza, e a sua volta, l'ignoranza, quando non è pura, ma si accompagna a un qualche convincimento, determina sempre una rappresentazione distorta della realtà, quindi un errore. Inoltre, la seconda parte del primo comma prevede che "*se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*"; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 323-324. Con riferimento al primo comma dell'art. 47 c.p., se ad esempio durante una battuta di caccia un cacciatore vede un movimento della siepe ed erroneamente ritiene che si tratta di un coniglio spara, uccidendo un altro cacciatore, in questo caso, ai sensi dell'art. 47.1 c.p. non sussiste il reato poiché il dolo è escluso dall'errore nel quale versa il soggetto. Tuttavia, sebbene non vi sia il dolo, potrebbe residuare la colpa. Ad esempio, riprendendo l'esempio appena riportato, se il cacciatore poteva agevolmente verificare che dietro la siepe non c'era un animale, bensì un uomo, e nonostante ciò ha sparato, la sua responsabilità a titolo di dolo sarà esclusa, ma residuerà una responsabilità a titolo di colpa, perché il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

<sup>95</sup> AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 366-367; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 345 e 395. L'errore di fatto condizionato dalla malattia mentale, può non escludere la pericolosità del non imputabile e quindi potrà comportare l'applicabilità, nei suoi confronti, di una misura di sicurezza. In mancanza di espresse indicazioni normative, si ritiene che l'errore condizionato (per esempio: Caio afflitto da mania di persecuzione, uccide Sempronio perché in questo modo ritiene di difendersi dal presunto persecutore) non abbia rilevanza scusante, poiché si porrebbe all'inaccettabile conseguenza di

Tuttavia, permane un indirizzo secondo cui nell'ipotesi di errore condizionato andrebbe escluso il dolo del soggetto non imputabile. Ma se si esclude il reato, non possono essere applicate misure di sicurezza al soggetto non imputabile, ma soltanto un trattamento sanitario. Se si segue quest'ultimo orientamento, e quindi si ritiene che l'errore condizionato esclude il reato, si giungerebbe a risultati paradossali. Per esempio, pensiamo al caso di un soggetto che è affetto da mania persecutoria ed uccide il presunto persecutore, essendo indotto in errore da una condotta intesa come aggressiva, ma che in realtà non lo era, era innocua. Se ipotizziamo di escludere il reato a causa del difetto dell'elemento psicologico del reato, non si potrebbe neanche applicare

---

rendere inapplicabile la misura di sicurezza proprio nei casi in cui il soggetto può, a causa della sua malattia, risultare socialmente pericoloso. Invece, l'errore incondizionato ha efficacia scusante, se determinato da circostanze di fatto che avrebbero presumibilmente tratto in inganno anche una persona capace; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 409-410. L'errore incondizionato del soggetto non imputabile ha il medesimo regime giuridico dell'errore del soggetto imputabile. Quindi, riprendendo l'esempio precedentemente riportato nella nota n. 93, in cui Sempronio, infermo di mente, spara su Mevio, perché, durante una battuta di caccia, ha scambiato quest'ultimo per un animale selvatico, senza che l'errore sia in alcun modo connesso con la sua infermità, qui Sempronio, non potrà essere internato in un ospedale psichiatrico giudiziario, perché il fatto, a causa dell'errore, non può integrare il delitto di omicidio doloso. Quindi, se l'errore era determinato da colpa, bisognerà soltanto comunicare all'autorità di pubblica sicurezza la sentenza di proscioglimento per infermità di mente (art. 222 c.p.), mentre se l'errore era incolpevole, bisognerà provvedere al proscioglimento perché il fatto non costituisce reato. Tuttavia, nel caso di errore condizionato dalla stessa causa che determina la inimputabilità, la sua rilevanza viene assorbita in quella dello stato di non imputabilità. Nell'esempio riportato prima, in cui Tizio, infermo di mente, spara su Mevio, in quanto è convinto, a causa della sua infermità, che quest'ultimo sia un robot radiocomandato inviato ad ucciderlo, in questo caso, Tizio non potrà sfuggire al ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario giustificando che egli, a causa della sua infermità, era in errore sul fatto che Caio fosse un uomo. Emerge che se si accomuna la disciplina dell'errore condizionato a quella dell'errore incondizionato, cioè si ritiene incompiuto il fatto di reato e quindi non applicabili le misure di sicurezza tutte le volte in cui il soggetto non imputabile sia in errore, porterebbe all'assurda conseguenza di escludere il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario in quei casi in cui l'errore è stato determinato dall'infermità di mente, cioè quei casi di pericolosità sociale, ai quali si riferisce la *ratio* di cui all'art. 222 c.p.; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 768-770. "La disfunzione conoscitiva, verificatasi nel soggetto carente d'imputabilità al momento del fatto, può ben dare luogo ad una forma di colpa (comprensiva della duplice ipotesi dell'errore comune e dell'errore condizionato), con riferimento alla quale soltanto va compiuta la scelta degli eventuali mezzi difensivi contro la pericolosità. E per quanto attiene ai reati che conoscono unicamente l'ipotesi dolosa, è da ritenere che ogni qualvolta venga a mancare, per effetto di un vizio qualsiasi della funzione conoscitiva, il collegamento volitivo verso il risultato criminoso, la fattispecie tipica non è realizzabile per carenza dell'elemento intenzionale"; BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 557-564.

l'art. 203 c.p., poiché per applicare la misura di sicurezza, si presuppone un fatto previsto dall'ordinamento come reato, quindi seguendo questo ragionamento, non si potrebbe applicare la misura di sicurezza nei confronti di un soggetto che ha inequivocabilmente dimostrato con il suo errore condizionato la sua elevata pericolosità sociale.

In conclusione, ne deriva che si deve considerare l'art. 47 c.p. operante sia nei confronti dei soggetti capaci di intendere e di volere, sia con riferimento agli incapaci, ma con riferimento a questi ultimi, bisogna distinguere tra errore condizionato ed errore incondizionato. L'errore incondizionato del non imputabile (incapace di intendere e di volere) ha lo stesso regime giuridico del soggetto imputabile. Ma, qualora si tratti di errore condizionato dallo stato di infermità mentale che esclude l'imputabilità, questo non ha rilievo giuridico diretto, poiché si afferma la rilevanza prioritaria di tale stato rispetto alla situazione di errore in cui il soggetto si è trovato a causa della patologia psichica che lo affligge. Di conseguenza, sul piano giuridico processuale occorrerà riconoscere la non imputabilità del soggetto, con quel che ne deriva in tema di pericolosità.

Tuttavia, nei confronti di soggetti incapaci, qualora si accerti la sussistenza di un errore non derivato dallo stato di inimputabilità, andrebbe riconosciuta l'efficacia scusante dell'errore incolpevole, con la conseguenza di escludere l'applicabilità di qualsiasi misura di sicurezza oltre che di pena, altrimenti si creerebbe una disparità di trattamento non giustificata fra soggetto capace e soggetto incapace.



## Capitolo II

### L'infermità di mente

#### 1. Il vizio di mente e il concetto di "infermità"

Tra i casi tipizzati dal legislatore che escludono o diminuiscono l'imputabilità del soggetto agente ci sono, rispettivamente, il vizio totale di mente e il vizio parziale di mente.

Il primo caso è disciplinato dall'**art. 88 c.p.** che dispone: "*Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere e di volere*" (c.d. **vizio totale di mente**); mentre il secondo rientra nell'**art. 89 c.p.** che stabilisce: "*Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere e di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita*" (c.d. **vizio parziale di mente**).

Il vizio di mente rilevante ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. è solo quello originato da un'*infermità*. Quest'ultima non rileva in sé stessa, ma soltanto in quanto causa di un'alterazione mentale di tale gravità da aver influito sulla capacità di intendere e di volere dell'agente, escludendola o scemandola grandemente, al momento del fatto.

Infatti, il legislatore italiano ha strutturato il giudizio di inimputabilità su due livelli: il primo, riguarda l'accertamento dell'*infermità* (c.d. *fase diagnostica*), mentre il secondo, concerne l'influenza che tale causa ha esercitato sulla capacità di intendere e di volere (c.d. *giudizio misto o*

*psicologico normativo*). L'accertamento positivo del disturbo mentale non darà, pertanto origine ad alcuna presunzione, poiché occorrerà sempre stabilire l'incidenza di esso sulla capacità d'intendere e di volere<sup>96</sup>.

A fronte di ciò, risulta evidente che tra l'inimputabilità e l'infermità che incide sullo stato mentale, vi è un rapporto molto stretto, ma la relazione tra queste due categorie risulta tutt'altro che chiara<sup>97</sup>. Difatti, i due concetti appartengono a discipline completamente diverse: il diritto e la psichiatria.

---

<sup>96</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 88-89, 13; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali e i disturbi della personalità come cause di esclusione della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. pen.*, 2014, 348. Da come si può desumere dagli artt. 88 e 89 c.p., il legislatore penale, quando si è occupato di disciplinare le cause patologiche che incidono sull'imputabilità, ha adottato un principio bio-psicologico che comporta la necessaria esistenza di uno stato di alterazione psichica tale da escludere del tutto o scemare grandemente la capacità d'intendere e di volere. Questo implica che ai fini del giudizio sull'imputabilità, non è sufficiente accertare l'esistenza di una malattia mentale, ma bisognerà tenere in considerazione il grado di incidenza del disturbo sullo stato mentale del soggetto che ha commesso il reato. Soltanto in questo modo sarà possibile distinguere, in base al caso concreto, se si tratta di un'ipotesi di totale esclusione della capacità di intendere e di volere, oppure di una situazione in cui queste capacità siano state intaccate parzialmente, o di un caso in cui, nonostante la presenza di un'anomalia psichica, le capacità del soggetto, al momento della commissione del fatto, non erano intaccate; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 354. Al fine del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, non interessa tanto che la condizione del soggetto rientri nell'ambito delle malattie elencate nei trattati di medicina, bensì che il suo disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso e di recepire il significato del trattamento punitivo; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 641-642. L'infermità da sola non è sufficiente. Infatti, è necessario che, nel caso concreto, essa abbia causato l'incapacità di intendere e di volere. Quindi, devono venire a mancare o la capacità di intendere o la capacità di volere, o entrambe.

<sup>97</sup> FIDELBO G., *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, fasc. 6., 2005, 1874. Come già accennato, una delle ragioni della crisi del concetto di imputabilità consiste nel fatto che quest'ultima è una nozione "bifronte", cioè che ha natura sia empirica che normativa e che la difficoltà consiste proprio nel modo di combinare questa doppia dimensione. Nozione "bifronte" vuol dire che vi è l'esigenza, al fine di accertare l'imputabilità, che gli esperti dovrebbero limitarsi ad accertare le condizioni biologiche e psicologiche dell'imputato, mentre i giudici dovrebbero, in base ad un autonomo procedimento valutativo, trarne le conseguenze sotto il profilo più specifico della capacità di colpevolezza e di pena. Tuttavia, in conseguenza del processo di revisione che la psichiatria ha condotto su una serie di paradigmi e metodologie tradizionali, accentuando la tendenza verso un pluralismo interpretativo, il giudice che fruisce del sapere scientifico, si è trovato spiazzato a fronte della difficoltà di dover scegliere tra i diversi orientamenti scientifici.

Si può quindi dire, come una delle ragioni della crisi dell'imputabilità sta proprio nel fatto che si tratta di una nozione "bifronte", di natura sia empirica che normativa e la difficoltà consiste proprio nel combinare questa duplice dimensione.

È pacifico che la ricerca delle cause idonee ad eliminare o limitare la capacità di intendere e di volere sia il frutto di una costante interazione tra giustizia penale e psichiatria, di modo che la prima possa recepire in modo costante le acquisizioni che il sapere psichiatrico ottiene nel tempo. Infatti, le norme che riguardano l'infermità mentale devono essere interpretate in base alle attuali acquisizioni medico scientifiche<sup>98</sup>. Questa stretta connessione che vi è tra la psichiatria e il diritto ha comportato diversi problemi, soprattutto se si considerano le basi sulle quali le due discipline si fondano: la psichiatria è una scienza umana che fonda le sue teorie su conoscenze biologiche, psicologiche e sociali, mentre il diritto è una disciplina normativa che è fondata solo sulle relazioni sociali tra gli uomini. Inoltre, le scienze neurobiologiche e psicologiche sono in continua evoluzione, mentre le scienze giuridiche sono legate all'idea di certezza, quindi anche da questo punto di vista, si può notare come vi sia una difficoltà ad attuare una stretta collaborazione tra queste due scienze.

Ancora, il diritto e la psichiatria hanno una metodologia diversa, nel senso che entrambe hanno parametri di riferimento e definizioni diverse: per il giurista, il giudizio è di tipo "binario", per cui uno stato,

---

<sup>98</sup> Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, n. 9163, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, 1860; con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, 2005. "Risolvendosi il concetto di imputabilità sul duplice piano empirico e normativo, la sua ridefinizione deve avvenire attraverso la valorizzazione delle più aggiornate acquisizioni scientifiche, nonostante la pluralità dei paradigmi interpretativi riscontrabile all'interno della scienza psichiatrica, riconoscendosi così il primato dell'identità normativa, ma non prescindendosi dal necessario apporto dell'identità empirica e in tal guisa confermandosi la necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza".

in questo caso l'imputabilità, può essere soltanto riconosciuto o negato, anche se le norme possono prevedere una gradazione diversa (come ad esempio l'art. 89 c.p.), mentre per lo psichiatra, tra la normalità e la patologia esistono diverse sfumature.

Poi, le finalità del diritto penale sono diverse rispetto a quelle della psichiatria, poiché nel primo caso l'accertamento di determinate condizioni soggettive è in funzione dell'assoggettabilità a pena e del trattamento sanzionatorio che deve applicarsi, in psichiatria invece, la ricostruzione delle medesime condizioni risulta finalizzata alla scelta di una terapia. In conclusione, rispetto a quanto finora detto, emerge che la valutazione dell'imputabilità comporta una risoluzione necessaria di problemi pratici e teorici ancora aperti<sup>99</sup>.

La nozione di "infermità" prevista da entrambe le disposizioni, costituisce il nucleo centrale del vizio di mente, ma non è presente nel codice penale. Essa costituisce infatti, un elemento normativo extragiuridico che rinvia, in modo particolare, alla realtà valutativa di ambito psichiatrico e psicologico. Questo rinvio è alla base dei diversi e complessi orientamenti che hanno comportato un'evoluzione del concetto di "infermità"<sup>100</sup>, nonché la crisi del concetto di imputabilità.

---

<sup>99</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 348-349.

<sup>100</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice penale*, cit., sub. art. 85, 13; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 349. "I problemi interpretativi nascono, prima ancora che sul piano normativo del giudizio sull'imputabilità, in relazione al significato da attribuire all'*infermità* di cui all'art. 88 c.p." Oggi non è possibile definire in modo univoco il concetto di *infermità* penalmente rilevante, tenendo in considerazione che da alcuni anni, la scienza psichiatrica sta attraversando una crisi di identità, quindi anche nel suo ambito il concetto di malattia mentale è tutt'altro che univoco. Da questo punto di vista, manca un quadro di riferimento definito a cui i giudici possano ricorrere per verificare la sussistenza o meno delle capacità richieste dall'art. 85 c.p. per l'esistenza dell'imputabilità, e di conseguenza, per l'applicazione della pena a chi ha agito. È successo che, in conseguenza dei processi di revisione che la scienza psichiatrica ha condotto nel corso degli anni su una serie di paradigmi e metodologie tradizionali, il giudice si sia trovato e attualmente si trovi nella scomoda situazione di dover scegliere tra diversi orientamenti scientifici, che spesso seguono direzioni opposte tra loro. Sulla base di ciò, il concetto di infermità di mente penalmente rilevante, finisce col mutare in virtù dei necessari adattamenti al paradigma psicopatologico, che viene usato

È noto che nel ricostruire la nozione di “infermità” e di “vizio di mente” (artt. 88 e 89 c.p.) la giurisprudenza deve fare riferimento al concetto di malattia mentale elaborato dalla psicopatologia. Inoltre, è evidente che essendo tale scienza caratterizzata dalla presenza di diversi “paradigmi<sup>101</sup>” psicopatologici, il concetto di malattia mentale risulta delineato in modo diverso a seconda del paradigma che viene scelto come punto di riferimento. Il concetto di “infermità” quindi, costituisce un problema dal punto di vista del suo contenuto, tanto che ha comportato diversi contrasti interpretativi. Tuttavia, un punto fermo, c’è. Per esempio, con il termine “infermità” s’intende anche l’infermità fisica, ovviamente con riverberi sulle funzioni psichiche dell’intendere e del volere, e questo sia perché lo suggeriscono la logica e la conoscenza di malattie fisiche che incidono sulla psiche (come per esempio, fattori tossinfettivi, squilibri metabolici, ipoglicemie, disturbi circolatori, ecc.), sia perché lo si ricava dalla differenza con la locuzione utilizzata dal Codice Zanardelli, cioè “*stato di infermità di mente*”<sup>102</sup>.

---

come parametro di riferimento dalla psichiatria. Quindi, è normale che le varie oscillazioni e le diverse posizioni in giurisprudenza, relativamente a questa materia, siano l’espressione di questa incertezza.

<sup>101</sup> BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 190. L’autrice ritiene che il termine “*paradigma*” debba essere inteso nel senso di Kuhn, il quale ritiene che sia un insieme dei “risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali una particolare comunità scientifica, per un certo periodo di tempo, riconosce la capacità di costituire il fondamento della prassi ulteriore”. Affinchè questi risultati possano costituire un paradigma è necessario che siano sufficientemente nuovi per attrarre uno stabile gruppo di seguaci, distogliendoli da forme di attività scientifica contrastanti con essi e che siano sufficientemente aperti da lasciare al gruppo di scienziati, costituitosi su queste nuove basi, la possibilità di risolvere problemi di ogni genere.

<sup>102</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 174; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 448. “Dall’art. 88 c.p. si desume, innanzitutto, che qualsiasi “infermità”, dunque anche una infermità non psichica, ma fisica, può assumere rilievo per escludere l’imputabilità, purchè abbia avuto l’effetto di escludere la capacità di intendere o la capacità di volere”; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 232. Anche la malattia fisica può incidere sulla capacità di intendere o volere (ad. esempio, certi stati tossinfettivi, gravi squilibri endocrini o circolari...); MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 449; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C. F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 468. L’infermità di mente può consistere anche in uno stato patologico di tipo fisico (per esempio, il delirio febbrile); CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 773; MARINI G., *Imputabilità*, cit., 255; FERRATO A., *Disciplina dell’imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, 373.

Inoltre, lo stato patologico può essere transitorio, cioè non momentaneo e legato ad un decorso o ad un'evoluzione<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> FERRATO A., *Disciplina dell'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit. 373; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 773; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 663; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 357.

## 1.1. L'evoluzione della nozione di “*infermità*” alla luce dei diversi paradigmi psichiatrici

Come già detto, la psichiatria è una scienza in “crisi”, poiché dopo un primo periodo in cui vi era l'assoluta prevalenza del paradigma originario, quello medico-organicista, si sono affermati paradigmi alternativi: quello psicologico e quello sociologico. Questo chiaramente comporta che, siccome tali paradigmi presentano aspetti teoretici contrastanti, non è possibile giungere ad interpretazioni uniformi. Ed è proprio questo il motivo di grande disagio in cui si è trovata la giurisprudenza: una situazione caratterizzata da scelte contrastanti, che hanno condotto ad una “crisi” del concetto giuridico di imputabilità. Di fronte alla mancanza di certezza della scienza si è anche sostenuto che definire cosa sia oggi l'infermità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. è un problema praticamente irrisolvibile<sup>104</sup>. Vediamo quali sono questi diversi paradigmi.

Una prima nozione di “*infermità*” è quella che fa riferimento alla malattia psichiatrica in senso stretto, da intendersi come rottura di nessi logici psichici determinata da un processo patologico organico (c.d. **paradigma medico o biologico organicista**). All'interno del paradigma medico-organicista, la visione della malattia mentale è strettamente legata all'accertamento di una causa anatomo-patologica, sebbene questo orientamento, in assenza di una sicura base organica, consenta di inquadrare il disturbo mentale in uno schema classificatorio “nosografico” prestabilito, che raggruppa i quadri morbosi che presentano in comune, cause, forme, sviluppo, decorso, esito, e reperto

---

<sup>104</sup> FIDELBO G., *Le Sezioni Unite*, cit., 1876.

cerebrale<sup>105</sup>. È il più antico fra i paradigmi della malattia mentale, affermatosi tra la fine dell'800 e gli inizi del 900, con l'avvento della psichiatria scientifica orientata allo studio e alla cura della malattia mentale, secondo il metodo nosografico offerto dalla psichiatria ottocentesca di stampo organicistico-positivistico.

All'interno di questo paradigma si possono individuare tre diversi orientamenti:

Il primo è definito "*biologico-organicistico*", in cui viene privilegiata una visione della malattia mentale legata all'accertamento di un'alterazione biologica o organica che costituisce il substrato biologico al grave difetto della capacità di intendere e di volere. Quindi, affinché ricorra il vizio di mente non è sufficiente una qualsiasi deviazione della funzione mentale, ma è necessario che la diminuzione delle facoltà intellettive e volitive dipenda da un'*alterazione patologica clinicamente accertabile*, corrispondente al quadro clinico tipico di una determinata malattia<sup>106</sup>. Quindi, da questo punto di vista, viene negata

---

<sup>105</sup> COLLICA M.T., *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 421; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit. 349. Secondo questo primo paradigma, il concetto di infermità mentale viene identificato come una malattia che colpisce il cervello e di cui sono sempre verificabili non soltanto le cause, ma anche i sintomi e le conseguenze, quindi il concetto di infermità coincide con la categoria della malattia; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, 374. Per molto tempo, l'approccio che era stato scelto dalla dottrina e dalla giurisprudenza si rifaceva ad un modello rigido di tipo medico-organicistico, che tendeva ad escludere il rilievo delle psicopatie o le nevrosi non riconducibili alle classificazioni delle malattie mentali elaborate dalla psichiatria. Le alterazioni dei processi volitivi e percettivi dovevano varcare la soglia delle psicosi, e dovevano tradursi in una vera e propria malattia mentale in senso stretto; CENTONZE F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 258. Il paradigma medico-organicista si occupa di conoscere e di trattare i fattori organici della patologia psichica; raccoglie, utilizza l'insieme dei risultati derivabili dalla medicina, dalla biologia e dalle neuroscienze per il loro impiego clinico in psichiatria.

<sup>106</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 350; BERTOLINO M., *La crisi*, cit. 194-195. In tale prospettiva si colloca una sentenza della Suprema Corte (Cass., sez. I, 23 Ottobre 1978, in *Giust. pen.*, II, c. 406) che ha ribadito che per poter riconoscere il vizio totale o parziale di mente, l'infermità deve dipendere sempre da una causa patologica che altera i processi dell'intelligenza e della volontà, con l'esclusione o la diminuzione della capacità di intendere e di volere. Quindi, in tale nozione non possono essere comprese non solo tutte le anomalie della personalità, del

rilevanza a quelle sintomatologie prive di un preciso riscontro organico, come le anomalie caratteriali e della personalità, nevrosi e psicopatie e agli stati emotivi e passionali.

Accanto a questo primo modello, vi è un secondo orientamento nominato “*nosografico-psichiatrico*”, in cui si tende ad inquadrare il disturbo mentale in uno schema classificatorio nosografico prestabilito; si prescinde dalla specificità della causa organica della malattia mentale, e viene operata un’identificazione dell’infermità con il termine psichiatrico di malattia. Quindi, il malato di mente è tale solo se affetto da una *specificata e accertabile malattia fisica del sistema nervoso centrale, nosograficamente inquadrata*<sup>107</sup>. Pertanto, nell’ambito di applicazione degli artt. 88 e 89 c.p. rientrerebbero le psicosi<sup>108</sup>, ma

---

carattere o del sentimento, ma anche le neuropsicosi o psiconevrosi che sono malattie del sistema nervoso che non hanno basi anatomiche e si manifestano con disturbi funzionali privi di substrato organico e senza lesioni di organi. “La causa biologica della malattia mentale costituisce quindi, il presupposto indispensabile per riconoscere la non imputabilità o la diminuita imputabilità del reo”; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 355. Nel concetto di infermità rientra soltanto il disturbo psichico che poggia su base organica; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 36. Questo primo orientamento è restrittivo perché considera rilevanti soltanto le malattie mentali in senso stretto ovvero le gravi psicosi acute o croniche accertate clinicamente e le insufficienze cerebrali originarie o sopravvenute di carattere organico o anatomico.

<sup>107</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 350; BERTOLINO M., *La crisi*, cit. 195-198. Vi è un ulteriore orientamento riconducibile al paradigma medico, che però prescinde dalla specificità della causa organica della malattia mentale. L’accertamento dell’alterazione biologica resterebbe assorbito nel riferimento alle classificazioni nosografiche elaborate dalla psichiatria. Nella valutazione della capacità di intendere e di volere acquisterebbe perciò rilevanza scusante soltanto il disturbo mentale classificabile secondo una catalogata forma di malattia mentale. Per poter riconoscere un disturbo psichico quale infermità che giustifichi il vizio di mente, occorrerebbe che si tratti di un’alterazione morbosa o comunque classificabile in campo psichiatrico. Quindi, per poter riconoscere anche soltanto la diminuita imputabilità, quindi il vizio parziale di mente, non è sufficiente la sussistenza di semplici anomalie del carattere o manifestazioni di tipo nevrotico con carattere episodico o sporadico, ma è necessario che ci sia uno stato patologico che abbia inciso sullo stato di mente dell’autore del reato e sia tale da scemare grandemente le sue capacità intellettive e volitive.

<sup>108</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 374. La *psicosi* è una vera e propria malattia mentale che si verifica quando, in una condizione di normalità psichica, risorge e si sviluppa una serie più o meno complessa di fenomeni psichici; VINCIGUERRA S., *Principi di Criminologia*, Padova, 2013, 156. La *psicosi* è un disturbo mentale, nonché disordine mentale che impedisce l’integrazione con la realtà e coinvolge l’intera personalità, e non solo un settore di essa, come avviene nelle nevrosi o nelle psicopatie. Le *psicosi* si distinguono in *organiche o esogene e funzionali o endogene*. Le prime sono riconducibili ad agenti

rimarrebbero prive di influenza quelle anomalie psichiche che la scienza psichiatrica non ricomprende fra le patologie conosciute, come le nevrosi<sup>109</sup>, psicopatie<sup>110</sup>, deviazioni sessuali, disturbi psicopatologici transitori.

Infine, il terzo orientamento “*clinico-patologico*” mette in secondo piano la classificazione nosografica della malattia mentale, e dà rilevanza allo studio e all’analisi delle esperienze interne e del vissuto

---

patogeni noti ed alle alterazioni anatomiche da essi provocate. A questa categoria appartengono, per esempio, le demenze senili dovute alla vecchiaia o alle patologie della circolazione sanguigna; le demenze confusionali presenti negli stati febbrili indotti da certe malattie; le demenze traumatiche causate da incidenti; l’epilessia che si presenta pericolosa, in modo particolare, nella circolazione stradale; le allucinazioni indotte da alcolismo o da intossicazione narcotica. Mentre, le seconde, sono quelle di cui non è nota la base organica, alcune delle quali si collocano al confine con le nevrosi. Le figure più importanti di psicosi endogene sono le schizofrenie, la paranoia, le psicosi affettive e le psicosi cicloidi; FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2004, 130-131. Le psicosi sono condizioni patologiche di origine organica che si possono distinguere in: psicosi *organiche o esogene*, quando il processo morboso trova causa in una modificazione anatomico-cerebrale clinicamente dimostrata. Rientrano in questa categoria: le psicosi traumatiche, tossinfettive, tossiche (da alcool o stupefacenti), tumorali, degenerative (demenze presenili o senili, come la malattia di Alzheimer), vascolari (demenze arteriosclerotiche o multifattoriali), involutive (come le psicosi paranoidee), a nosografia sindromica (come l’epilessia); e psicosi *funzionali o endogene* in cui non vi è una base organica dimostrata dalla scienza psichiatrica, ma si presuppone che esista una predisposizione o condizionamento biologico. In questa categoria rientrano le psicosi maniaco-depressiva, le psicosi schizofreniche, le psicosi schizoaffettive, le psicosi deliranti paranoici.

<sup>109</sup> VINCIGUERRA S., *Principi*, cit., 155. Le *nevrosi*, come le psicopatie, appartengono ai disturbi della personalità. Le *nevrosi* sono stati di sofferenza psichica in conseguenza dei quali il portatore, pur non perdendo il contatto con la realtà, si relaziona con essa in modo distorto, essendo affetto da stati di ansia, fobici, di depressione, di ossessione, di isteria. In genere, le nevrosi non sfociano in reati, tranne quando costituiscono per il nevrotico il mezzo, vero o supposto, per liberarsi dallo stato di sofferenza: a questo fenomeno apparterebbero le cleptomanie. Il cleptomane ha la mania di rubare, compie il reato nel momento in cui si libera da questo stato di sofferenza, rubando.

<sup>110</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 374. La *psicopatia* è un disturbo morboso di natura psichica che ha carattere di permanenza e di uniformità ed è caratterizzata da una fenomenologia che differisce dagli stati di normalità, in modo particolare, per ragioni quantitative, invece che qualitative; VINCIGUERRA S., *Principi*, cit., 156. Le *psicopatie* appartengono ai disturbi della personalità e sono anomalie del carattere che si percepiscono, in modo particolare, nel comportamento sociale e che possono sfociare in reati di qualsiasi tipo, a seconda della prevalenza di questo o di quel tratto della personalità (impulsività, bisogno di farsi valere, freddezza emotiva, antisocialità, perversione). Le manifestazioni di psicopatologia che talvolta si combinano tra di loro sono: l’impulsività che presiede a reazioni sproporzionate allo stimolo, tipiche nelle aggressioni d’impeto contro persone e cose; l’istrionismo; la disaffettività, caratterizzata da indifferenza per le altrui sofferenze e presente nei delinquenti più pericolosi; il fanatismo che consiste nella certezza assoluta della bontà delle proprie idee; le perversioni sessuali, come la pedofilia, che possono sfociare in aggressioni fisiche che costituiscono reato.

dell'individuo. *Il vizio di mente si riconosce quindi, in presenza di uno stato o processo morboso, indipendentemente dall'accertamento di un substrato organico e di una sua classificazione nella nosografia ufficiale*<sup>111</sup>. Infatti, parte della giurisprudenza afferma che anche le deviazioni del carattere e del sentimento possono elevarsi a causa che incide sull'imputabilità, ma è necessario che su di esse si innesti o sovrapponga uno stato patologico che alteri la capacità di intendere e di volere. Quindi, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche soggetti affetti da nevrosi, psicopatie, stati emotivi o passionali, che non rilevano in sé, ma come eventuali sintomi di elevato grado d'intensità, tanto da integrare gli estremi di uno stato patologico vero e proprio, come ad esempio una psicosi.

---

<sup>111</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 350; BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 198-200. "Il substrato biologico o l'inquadramento nosografico costituirebbero i dati caratterizzati la malattia mentale in senso giuridico. Ma non mancano sentenze che ritengono sufficiente, per riconoscere il vizio totale o parziale di mente, la esistenza di uno stato o processo morboso, indipendentemente dall'accertamento di un suo substrato organico o da una sua classificazione nella nosografia psichiatrica". Ciò che è importante sarebbe lo studio e l'analisi delle esperienze interne e del modo in cui esse vengono vissute da ciascun soggetto, e mediante l'analisi sarebbe possibile individuare i disturbi psichici rilevanti, indipendentemente da un loro inquadramento nosografico o da una loro sicura origine organica. Il vizio di mente viene riconosciuto al di là di qualsiasi specificazione ulteriore, quando il disturbo psichico derivi da uno stato morboso dipendente a sua volta da un'alterazione patologica, oppure più semplicemente quando dipende da un'infermità, cioè da uno stato patologico che alteri i processi intellettivi o quelli della volontà; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit. 662-663. A fronte delle acquisizioni della psicopatologia e dell'evoluzione del concetto di malattia mentale, l'infermità non può più essere circoscritta ai soli quadri nosograficamente definiti, ma deve essere estesa anche ad altre situazioni morbose, anche se non ben definite clinicamente. L'infermità comprende quindi, le malattie in senso stretto, ma anche altre gravi anomalie psichiche o altri gravi disturbi della personalità o altri gravi disturbi psichici che sfuggono ad una precisa classificazione nosografica di tipo psicopatologico o che non sono provviste di una ben definita base organica. Quindi, qualsiasi condizione morbosa, anche se non ben definibile clinicamente, può essere idonea a configurare il vizio di mente, ma sempre che, la sua intensità sia tale da escludere o diminuire le capacità intellettive o volitive.; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 36. Si è sviluppato questo terzo orientamento che ritiene che il concetto di infermità recepito dal codice penale sia più ampio di quello di malattia e che quindi vi possono essere soggetti incapaci di intendere e di volere, seppure non malati in senso stretto. Quindi, potrebbero rientrarvi anche quei soggetti affetti da nevrosi o psicopatie, nel caso in cui queste si manifestino con un elevato grado di intensità.

Il cambio di rotta si è avuto con la sent. Raso del 25.1.2005, n. 9163<sup>112</sup>, in cui le Sezioni Unite precisano che i *disturbi della personalità*<sup>113</sup>, pur

---

<sup>112</sup> Tale sentenza ha stabilito: “Anche i “disturbi della personalità”, come quelli da nevrosi e psicopatie, possono costituire causa idonea ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma e specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli articoli 88 e 89 c.p., sempre che siano di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da concretamente incidere sulla stessa; per converso, non assumono rilievo ai fini della imputabilità le altre “anomalie caratteriali” o gli “stati emotivi e passionali”, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente”.

<sup>113</sup> FIDELBO G., *Le Sezioni Unite*, cit., 1873-1874. Una definizione più o meno condivisa di che cosa sia il disturbo di personalità è contenuta nel Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM-IV), realizzato dall'*American Psychiatric Association* nel 1994. Si tratta di un sistema di classificazione in cui le principali infermità mentali sono riportate in 17 classi diagnostiche. E tra i principali disturbi mentali dell'adulto il DSM-IV individua: i disturbi di ansia (tra cui attacchi di panico, fobie e disturbi da stress estremo); i disturbi dell'umore (depressioni, ipomanie, disturbi bipolari); i disturbi dell'alimentazione (anoressia, bulimia); i disturbi sessuali (parafilia, feticismo, disturbi dell'identità sessuale); i disturbi somatoformi (ipocondria); i disturbi dissociativi (disturbo dissociativo dell'identità, depersonalizzazione); schizofrenia e disturbi psicotici; dipendenza da sostanze (alcol e stupefacenti); *disturbi della personalità*. Questi ultimi rientrano nella più ampia categoria delle psicopatie, che si distingue da quella delle *psicosi*, che la scienza psichiatrica considera come vere e proprie malattie mentali, in quanto comportano la perdita dei confini dell'io come compromissione importante della cognizione della realtà, caratterizzata da deliri e allucinazioni della cui natura patologica il soggetto non ha consapevolezza. Mentre, le *psicopatie* sono considerate come modelli abituali di esperienza interiore e di comportamento che deviano sensibilmente rispetto alle aspettative di cultura dell'individuo e che coinvolgono la capacità di interpretare sé stessi e gli altri, l'adeguatezza della risposta emotiva, il controllo degli impulsi e il funzionamento interpersonale. Nel DSM-IV il *disturbo di personalità* viene considerato un “modello costante di esperienza interiore e di comportamento che devia marcatamente dalle aspettative della cultura dell'individuo”, pervasivo ed inflessibile, stabile nel tempo e che “determina disagio o menomazione”. Quando è costante si evidenzia in “un'ampia gamma di situazioni personali e sociali e si manifesta in almeno due delle seguenti aree: cognizione, affettività, funzionamento interpersonale o controllo degli impulsi”. I tratti di personalità diventano disturbi di personalità solo “quando sono inflessibili e maladattivi”. I disturbi della personalità sono suddivisi in varie sottocategorie che comprendono: il *disturbo paranoide*, il *disturbo schizotipo*, il *disturbo antisociale*, il *disturbo istrionico*, il *disturbo narcisistico*, il *disturbo ossessivo-compulsivo* e il *disturbo dipendente di personalità*; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 32-34. I disturbi di personalità sono suddivisi in tre gruppi: il primo gruppo comprende i disturbi di personalità *Paranoide*, *Schizoide*, *Schizotipico*; il secondo gruppo include i disturbi di personalità *Antisociale*, *Borderline*, *Istrionico* e *Narcisistico*; infine, il terzo gruppo comprende i disturbi di personalità *Evitante*, *Dipendente* e *Ossessivo-Compulsivo*. Il *disturbo paranoide di personalità* è caratterizzato da sfiducia, sospettosità e diffidenza, oltre a rigidità adattiva e di pensiero; il *disturbo Schizoide di personalità* si caratterizza per il distacco nelle relazioni sociali, riduzione dell'espressività emotiva, oltre a chiusura di personalità; il *disturbo Schizotipico* è caratterizzato da distorsioni cognitive, eccentricità nel comportamento, esperienze percettive insolite, illusioni corporee, pensiero magico, sospettosità. Poi per quanto concerne il secondo gruppo, il *disturbo Antisociale di Personalità* consiste nell'inosservanza e violazione dei diritti degli altri, incapacità di apprendimento dall'esperienza, irresponsabilità, superficialità, assenza di rispetto verso i sentimenti dell'altro; il *disturbo Borderline di personalità* viene definito come il disturbo di chi è instabile nelle relazioni interpersonali e nell'immagine di Sé, instabile affettivamente e sessualmente, con marcata impulsività, episodi psicotici transitori, tendenza a perdere i nessi

non sempre rientranti nell'ambito delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di infermità, purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere in concreto sulla capacità di intendere e di volere ed a condizione che esista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale<sup>114</sup>. Quindi a fronte di questa sentenza, anche i disturbi della personalità come le nevrosi e le psicopatie, anche se non inquadrabili nosograficamente come “malattie”, possono determinare transitoria “infermità”, ove determinino la stessa conseguenza di pregiudicare totalmente o grandemente le capacità volitive ed intellettive del soggetto agente, determinando un assetto psichico incontrollabile ed ingestibile che,

---

associativi, angoscia sconfinante nel panico, distorsioni cognitive, manipolatori comportamenti autodistruttivi. Ancora, il disturbo *Borderline* può essere descritto come una personalità caratterizzata da debolezza dell'Io, ansia fluttuante, sintomi ossessivo-compulsivi, fobie, reazioni dissociative, preoccupazioni ipocondriache, sessualità perversa e polimorfa, abuso di sostanze; il *disturbo Istrionico di personalità* si caratterizza per la ricerca di continua attenzione, elevata emotività, mutevole e superficiale impulsività, comportamento sessuale seduttivo ma inappropriato, drammatizzazione e teatralità, influenzabilità e suggestionabilità; il *disturbo Narcisistico di Personalità* prevede la mancanza di empatia, il senso di grandiosità, la necessità di ammirazione e le elevate fantasie di successo elevato. Infine, per quanto riguarda il terzo gruppo, vi è il *disturbo Evitante di personalità* che ha come caratteristiche l'inibizione della personalità, i sentimenti di inadeguatezza, l'ipersensibilità verso i giudizi negativi, il timore del rifiuto e il sentimento di inferiorità; il *disturbo Dipendente di personalità* che è caratterizzato da comportamenti sottomessi e adesivi, bisogno di accudimento e di rassicurazioni, insicurezze, tendenza a declinare le responsabilità, sfiducia in sé stesso e bisogno di dipendenza dall'altro; infine, il *disturbo Ossessivo-Compulsivo di personalità* si caratterizza per eccessivo perfezionismo che blocca il raggiungimento di un obiettivo, marcate esigenze di controllo, stile cognitivo dogmatico, incapacità di delegare, ostinazione, rigidità della personalità.

<sup>114</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 374; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit. 356; SEMERARO P., *I rapporti tra imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza*, in *Riv. pen.*, 2011, 981-982. Con la sentenza Raso, le Sezioni Unite hanno statuito che “anche i disturbi della personalità come quelli da nevrosi e psicopatie possono costituire causa idonea ad escludere o grandemente scemare, in via autonoma o specifica, la capacità di intendere e di volere del soggetto agente ai fini degli artt. 88 e 89 c.p. sempre che siano di *consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere concretamente sulla stessa*; per converso, non assumono rilievo ai fini dell'imputabilità le altre anomalie caratteriali e gli stati emotivi e passionali, che non rivestano i suddetti connotati di incisività sulla capacità di autodeterminazione del soggetto agente. Inoltre, è necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un *nesso eziologico* che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo”.

incolpevolmente renda il soggetto incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti e quindi di indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto e di autodeterminarsi autonomamente e liberamente.

Questa sentenza ha abbandonato il paradigma della malattia mentale in senso stretto per allinearsi al modello alternativo di tipo psicologico (c.d. **paradigma psicologico**). Quest'ultimo emerge agli inizi del 1900 ed è ispirato dalla psicanalisi<sup>115</sup> di Freud e dalle sue successive elaborazioni. In questo periodo, nello studio delle malattie di mente, vengono valorizzati i fattori interpersonali di carattere dinamico dell'individuo, facendo ricadere in secondo piano i fattori biologici, di natura statica, quindi, l'aspetto medico e clinico-descrittivo della malattia perde importanza e l'infermità di mente non trova più la sua causa prima in una malattia fisica del sistema nervoso, ma diventa espressione dei conflitti repressi dell'inconscio dell'individuo<sup>116</sup>.

---

<sup>115</sup> La psicanalisi è uno strumento di conoscenza psicologica e di psicoterapia scoperto da Freud alla fine del XIX secolo. Gli scopi sono la terapia psicologica di ammalati psichici, in particolare affetti da nevrosi, e la conoscenza psicoanalitica dell'uomo nei suoi più vari contesti culturali.

<sup>116</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 350-352; BERTOLINO M., *La crisi*, cit. 200-207. Il secondo paradigma prevede una nuova visione dell'infermità incentrata sulla psiche della persona, invece che sul suo corpo, e che definisce la malattia mentale come "disarmonia dell'apparato psichico", considerata come interazioni di pulsioni conscie ed inconscie. L'origine della malattia mentale, in base a questo paradigma denominato psicologico, è individuata nel conflitto psicologico tra le cariche provenienti dalle componenti della struttura psichica dell'uomo (Es, Io, Super-Io). E secondo tale paradigma, nel concetto di infermità rientrerebbero anche le psicopatie e le nevrosi, purchè di particolare gravità. La psicoanalisi di Freud non nega che alla base dei disturbi psicopatologici ci sono dei veri e propri processi biologici, ma considera questi inaccessibili rispetto ai propri mezzi di indagine. Questo paradigma consente di spiegare quei disturbi, come le nevrosi, che il paradigma medico-organicista non era riuscito ad inquadrare, poiché non ne aveva individuato la causa organica; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 373. In base a questo secondo paradigma il concetto di infermità di mente, inteso come causa di esclusione o riduzione dell'imputabilità, deve riferirsi ai criteri dettati dalla moderna psicologia analitica, la quale considera come malattie mentali non soltanto quelle a base organica, ma anche i semplici disturbi della personalità. "Si registra, quindi, una estensione del campo applicativo a favore anche dei disturbi morbosi di natura psichica: le nevrosi, le psicopatie, le abnormità psichiche non ben inquadrabili nosograficamente, possono essere sufficienti per ottenere le attenuanti del vizio di mente o l'esclusione dell'imputabilità". Pertanto, oltre che le malattie mentali, anche le disfunzioni relative all'individualità del soggetto, purchè siano di una tale gravità da incidere in modo concreto sulla capacità di intendere e di volere, danno diritto ad uno sconto di pena. In conclusione, il concetto di vizio di mente lo si deve intendere in

Questi scontri o conflitti interiori affondano le loro radici su una struttura della vita psichica suddivisa in una triplice dimensione, costituita da: l'*Es*, l'*Io* e il *Super-Io*. Secondo Freud, filosofo e psicanalista, l'origine delle malattie mentali deriva proprio dal conflitto psicologico fra le cariche provenienti da queste tre componenti della psiche<sup>117</sup>. In quest'ottica, l'oggetto dell'indagine si sposta dalla persona-corpo alla persona-psiche, consentendo un recupero, da parte della scienza, della soggettività dell'uomo, venuta meno nel modello medico, fautore di una concezione oggettivizzante dell'individuo malato di mente<sup>118</sup>. Risulta evidente come il concetto di "infermità" si sia allargato<sup>119</sup>, poiché non comprende più solo le psicosi, ma anche

---

modo più ampio, nel senso che non si riferisce solo alla malattia psichiatrica, bensì ricomprende disturbi mentali o disordini dell'umore o del pensiero, che non hanno carattere strettamente patologico; CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 258. Il paradigma psicologico "comprende il grandissimo numero di osservazioni, esperienze, teorie e tecniche derivate dalla psicanalisi e dai suoi successivi sviluppi più o meno distanti e diversificati rispetto al pensiero originario di Freud".

<sup>117</sup> VINCIGUERRA S., *Principi*, cit., 120-126. La psicanalisi ha aperto strade nuove nell'analisi della personalità, quindi, ha offerto strumenti originali di lettura e spiegazione del fenomeno criminale. Freud ritiene che nella psiche umana sono presenti tre funzioni fondamentali (l'*Es*, l'*Io* e il *Super Io*), che interagiscono tra loro formando la personalità, la quale sarà armonica quando tali funzioni sono tra di loro coordinate. L'*Es* è il livello più basso ed originario, è il regno dell'inconscio. Qui hanno sede gli istinti, le pulsioni e tutto ciò che è stato rimosso, quindi s'identifica con il centro della dinamica impersonale, poiché si tratta di un'area di transizione tra il biologico e lo psichico che funziona seguendo il principio del piacere; l'*Io* è la parte conscia che obbedisce al principio di realtà assolvendo alla funzione di frenare le pulsioni e decidere quali soddisfare nel presente e quali nel futuro. In poche parole, questa funzione è una sorta di intermediatore tra la realtà esterna, le pressioni degli impulsi ed il controllo del *Super-Io*; infine, il *Super-Io* è l'apparato psichico in cui risiedono sia i valori morali sia i divieti dell'*Io* e consente l'interiorizzazione dei valori e delle norme sociali appresi durante la vita da diversi modelli identificativi con i quali si è venuti a contatto soprattutto, ma non solo, nell'infanzia, come ad esempio i genitori, andando così a formare la coscienza sociale. Queste tre funzioni sviluppano tra loro forze antagoniste, che, quando sono in equilibrio determinano una personalità armonica, mentre se sono in disequilibrio determinano i disturbi della personalità.

<sup>118</sup> GRECO O. e CATANESI R., *La malattia mentale e la giustizia penale*, Milano, 1988, 6.

<sup>119</sup> BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 203-205. "Una volta abbandonato lo schema medico-nosografico, il concetto di *infermità* diventa in definitiva un concetto meno rigido e di contenuto più ampio rispetto a quello di *malattia mentale*". L'infermità psichica non dovrebbe più essere intesa in senso esclusivamente clinico, ma giuridico, quindi dovrebbe comprendere disturbi mentali transitori, che non possono essere qualificati come malattia mentale o infermità psichica vera e propria. In dottrina l'interpretazione del concetto di *malattia* rispetto a quello di *infermità* ha creato non pochi contrasti e difficoltà. Difatti, parte della dottrina identifica i due concetti. MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Torino, vol. II, 102. L'autore afferma che la incapacità di intendere e di volere a cui

qualsiasi altro disturbo morboso dell'attività psichica, come le nevrosi, le psicopatie e i disturbi dell'affettività, e naturalmente da ciò ne consegue che il campo dell'inimputabilità avrà sempre più dei confini meno definiti. Si ammette che a determinare il vizio di mente totale o parziale, rilevante ad escludere o limitare l'imputabilità "possono essere anche alterazioni mentali atipiche, quante volte esse, per la loro imponenza, si risolvano in fattori perturbativi, in accentuata misura, della capacità di intendere e di volere", sebbene non riconducibili a stati patologici veri e propri, in quanto su di essi non sono riscontrabili stati patologici di base<sup>120</sup>. Secondo questa nuova prospettiva qualsiasi disturbo morboso dell'attività psichica diventa potenzialmente idoneo ad escludere la capacità di intendere e di volere, ma è necessario che tale stato psichico dell'imputato abbia in concreto compromesso la sua capacità di intendere e di volere.

Nonostante tale paradigma abbia favorito una svolta con riferimento al concetto di infermità, poiché ha sostituito al paradigma medico-organicista, lo studio della storia e dinamica delle malattie mentali, è entrato in crisi (come del resto, era avvenuto per il paradigma medico, perché era incapace di spiegare le malattie prive di causa organica), poiché non è in grado di spiegare le malattie mentali di origine sociale. Ecco quindi, che si giunge al terzo paradigma (c.d. **paradigma sociologico**). Quest'ultimo si afferma tra gli anni '60 e '70, nega la natura fisiologica dell'infermità e mette in discussione anche la sua natura psicologica, considera la malattia mentale come disturbo psicologico avente natura sociale da attribuire alle relazioni inadeguate

---

il codice fa riferimento "deve provenire da infermità, cioè da malattia"; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 773 ss. Non sembra che l'autore veda una distinzione concettuale tra il termine *malattia* e quello di *infermità*, poiché utilizza in modo indifferente entrambi i termini.

<sup>120</sup> Cass. pen., 10 Febbraio 1986, in *Riv. pen.*, 1986, 41.

che il soggetto vive<sup>121</sup>. I fattori che determinano e mantengono lo stato di salute mentale dell'individuo si ritrovano nelle strutture sociali, quali la famiglia e le istituzioni, e nei diversi usi e costumi di popolazioni e strati sociali. L'uomo viene considerato come un "ente sociale", il cui comportamento deviante non deriva da una deficienza imputabile al singolo individuo, ma alle relazioni interpersonali che legano l'individuo alla struttura sociale in cui vive.

Questo tipo di paradigma non è mai stato riconosciuto, in quanto vi è il timore che si giunga ad un allargamento smisurato dell'ambito della non imputabilità, poiché si dovrebbe riconoscere come infermità mentale anche un generico disturbo psichico che ha origine sociale<sup>122</sup>. Semmai, il giudice potrà prendere in considerazione le circostanze culturali, familiari e sociali dell'imputato, tenendone conto ai fini dell'applicazione di eventuali attenuanti<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 352; BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 207-208. Nel paradigma sociologico vengono anteposti i bisogni e le contraddizioni sociali rispetto alle pulsioni e ai conflitti intrasoggettivi. Il comportamento psicopatologico sarebbe quindi, un comportamento deviante rispetto alle norme della struttura sociale in cui è inserito il soggetto. L'uomo viene considerato come un "ente" sociale, il cui comportamento deviante è visto come una deficienza imputabile alle relazioni interpersonali che legano l'individuo alla struttura sociale in cui vive, e non più al singolo individuo. Quindi, nell'ambito di questo paradigma, il termine *malattia mentale* viene svuotato di contenuto e diventa una metafora che può acquistare soltanto un significato eziologico nella rete dei rapporti familiari e sociali dell'individuo. Come ritiene l'autrice: "il concetto di malattia mentale sarebbe un mito: gli psichiatri non si occupano di malattie mentali e del loro trattamento, ma nella prassi effettiva hanno a che fare con difficoltà di carattere personale, sociale ed etico". Perciò, tale paradigma tenderebbe ad una psichiatria sociale che distrugge quindi, il concetto tradizionale di malattia individuale; CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 258. Il paradigma sociologico si sviluppa nell'ambito delle scienze sociali e rileva che nelle strutture sociali, come la famiglia, le istituzioni, nei diversi usi e costumi di popolazioni e negli "strati" sociali, ci siano dei fattori importanti che concorrono al determinismo e mantenimento della salute e della patologia mentale.

<sup>122</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 88-89, 14. Si tratta di un paradigma ignorato sia nella dottrina che nella giurisprudenza, a causa dell'estrema ampiezza della nozione di infermità.

<sup>123</sup> PONTI G., *La perizia sull'imputabilità*, in GULLOTTA G., *Trattato di psicologia giudiziaria*, Milano, 1987, 654.

## **1.2. L'asciuticità dei diversi paradigmi psichiatrici e la tendenza ad affermare una visione integrata del concetto di "infermità"**

A fronte di questa molteplicità di paradigmi, e quindi di diversi modelli interpretativi del concetto di infermità mentale, la giurisprudenza si è trovata ad essere disorientata.

Perciò, al fine di risolvere questo problema, c'è da chiedersi se, fra tutti questi differenti paradigmi psicopatologici, ce ne sia uno che meglio degli altri risponda alla realtà scientifica e quindi possa in modo legittimo aspirare ad una utilizzazione esclusiva ad opera della giurisprudenza<sup>124</sup>. Ovviamente, la risposta a questo interrogativo non può che venire dall'epistemologia, ma in modo particolare, da quel settore di essa che ha indagato sui fondamenti scientifici della psicopatologia. È emerso che la filosofia della scienza ha per lo più negato ogni carattere di scientificità a tutte le teorie psicopatologiche, e quindi, a tutti i paradigmi descritti sopra. Si è, ad esempio, sostenuto che la psicopatologia sarebbe una pseudo-scienza<sup>125</sup>. La scientificità delle varie teorie psicopatologiche è stata messa in discussione da chi vede nel criterio della falsificazione la linea di demarcazione tra il mondo dell'esperienza possibile, quindi della scienza, e il mondo della metafisica<sup>126</sup>. Quindi, se una teoria non può essere confutata, falsificata,

---

<sup>124</sup> BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 211; BERTOLINO M., *L'imputabilità ed il vizio di mente*, cit., 632 ss. In quest'ultimo suo lavoro, l'autrice ha concluso con la proposta di accogliere "un certo pluralismo epistemologico, nel senso di una pluralità di tipi di scientificità, in quanto non vi sarebbe modo di ricondurre tutte le discipline scientifiche a un modello unico".

<sup>125</sup> POPPER K., *La psicoanalisi tra mito e scienza*, in ANTISERI D., *Analisi epistemologica del marxismo e della psicoanalisi*, Roma, 1974, 212 ss. La psicopatologia utilizzerebbe un metodo che non è empirico, ma pseudo-empirico, cioè "tale che pur facendo appello all'osservazione e all'esperimento, non risponde alle esigenze scientifiche".

<sup>126</sup> POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Milano, 1970, 21 ss. Infatti, secondo Popper, da un sistema scientifico non bisognerebbe esigere "che esso sia capace di essere scelto, in senso positivo, una volta per tutte; ma che la sua forma logica sia tale che possa essere messo in evidenza,

da nessun evento concepibile, non potrebbe aspirare a nessun fondamento di scientificità. E infatti, le teorie psicopatologiche sembrerebbero essere sempre confermate, e non falsificate, in quanto appaiono compatibili con i più disparati comportamenti umani.

Il paradigma medico, il primo che si è affermato, inizialmente aveva una base empirica, quindi aveva spinto a credere che si potessero individuare i criteri di confutazione in base ai quali la teoria sarebbe risultata falsificabile. Ma, è entrato in crisi, poiché non sembrava essere così soddisfacente per quanto riguarda la comprensione dei disturbi psichici<sup>127</sup>.

Si pensi, ancora, al paradigma psicologico, in cui la chiave di lettura del concetto di infermità è dato dalla psicoanalisi. Ma è proprio di quest'ultima che si contesta la pretesa di poter utilizzare i dati clinici come strumento di verifica della validità scientifica delle assunzioni psicoanalitiche. Questa verifica consisterebbe nella coerenza dell'interpretazione del terapeuta con quanto il suo paziente ha rivelato durante la seduta. Ma, la semplice coerenza di un'interpretazione con i

---

per mezzo di controlli empirici, in senso negativo: un sistema empirico deve poter essere confutato dall'esperienza".

<sup>127</sup> CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 287. "La scuola medico-organicista infatti, accetta e osserva i principi fondamentali della metodologia scientifica e si presenta, quindi, come l'indirizzo più rigoroso; essa però non appare del tutto soddisfacente sul piano della comprensione dei disturbi psichici: la constatazione di un difetto funzionale o biochimico, infatti, non permette di superare lo *hiatus* che separa le alterazioni somatiche dalle manifestazioni mentali"; BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 212-213. Il paradigma medico sembrerebbe non sottrarsi del tutto ad un controllo empirico, infatti neanche quando si è dimostrata l'insufficienza o la falsità, esso non è stato definitivamente abbandonato, ma con abili manipolazioni, si è cercato di sottrarlo alla confutazione, ricorrendo ad assunzioni o reinterpretazioni *ad hoc*. Basta pensare alla schizofrenia per cui è stata elaborata una reinterpretazione *ad hoc* di tale paradigma, cioè una reinterpretazione con cui nonostante la mancanza di ogni riscontro biologico, si è cercato di armonizzare la schizofrenia con il paradigma medico. Ma qui, si tratta di una mossa convenzionalista, non si è falsificato o confutato nulla, ma semplicemente l'anomalia rispetto al paradigma medico, in questo caso la schizofrenia, è stata spiegata in modo scorretto, sulla base di una modifica *ad hoc* del paradigma, che permetta di mantenere quest'ultimo, ma che contemporaneamente, possa inquadrare l'anomalia nel paradigma stesso. L'anomalia, lungi dal risultare confutativa del paradigma medico, ha indotto la proliferazione di riadattamenti *ad hoc*, che si manifestano come varianti o teorie alternative semidipendenti.

dati forniti dal paziente non sarebbe una valida verifica della stessa<sup>128</sup>. Quindi, le spiegazioni psicoanalitiche sarebbero nient'altro che "spiegazioni mitologiche", perché offrirebbero soltanto delle congetture, cioè qualcosa che precede persino la formazione di un'ipotesi, e non si potrebbe falsificare in alcun modo il risultato dell'analisi.

Infine, anche le interpretazioni offerte dal paradigma sociologico non hanno una base scientifica, poiché sarebbero l'espressione di un impegno ideologico di difesa dell'individuo malato di mente e di protesta contro i mezzi fino ad ora utilizzati dalla psichiatria tradizionale. Non ci sarebbe alcuna base empirica che giustificherebbe la tesi che sia la società a creare il deviante<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> BERTOLINO M., *La crisi*, cit. 213-214; NAGEL T., *Problemi metodologici della teoria psicoanalitica*, in HOOK S., *Psicoanalisi e metodo scientifico*, Torino, 1959, 41 ss. "Il fatto che la teoria freudiana spieghi in maniera sistematica un vasto settore di importanti fenomeni, non giustifica l'attribuzione ad essa del carattere di scientificità, perché la capacità inventiva di un sistema di idee non gli conferisce alcuna validità reale". Inoltre, bisogna anche tener conto del fatto che molto spesso gli analisti discordano tra di loro nell'interpretazione di un medesimo caso e che mancherebbe un metodo obiettivo che permetta di decidere tra le diverse operazioni; CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 288-289. La psicologia anche se penetra negli aspetti più umani della psiche, mostra dei gravi limiti per quanto riguarda il rigore metodologico e l'emblema di questa situazione è proprio il tema della psicanalisi. **Popper** riteneva che la psicanalisi "è un'interessante metafisica psicologica", ma "non fu mai scienza" perché non falsificabile. La psicanalisi sarebbe paragonabile all'astrologia, in quanto, come quest'ultima, presenterebbe alcuni aspetti più in comune con i miti primitivi che con l'indagine scientifica. Essa, come l'astrologia, descriverebbe alcuni fatti nello stesso modo dei miti e conterebbe interessanti suggestioni psicologiche, però non in forma controllabile, che se pur potrebbero costituire importanti anticipazioni scientifiche, non potrebbero ancora pretendere l'attributo di scientificità; **Nagel** ritiene che "per quanto riguarda la teoria freudiana in sé, come dottrina che possa pretendere una effettiva validità, posso solo ripetere il verdetto scozzese: non provato"; WITTGENSTEIN L., *Lezione e conversazioni sull'etica, sull'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, Milano, 1967, 129. Secondo l'autore la psicoanalisi è "una metodologia che ha poco potere", poiché in psicologia non sarebbe possibile formulare leggi come invece, in fisica; EYSENCK H., *Usi ed abusi della psicologia*, Firenze, 1980, 206. L'autore ritiene che lo psicologo agisca come uno scienziato, soltanto quando cerca di spiegare la condotta delle persone secondo un sistema di leggi scientifiche generali, ma nella maggior parte dei casi, questo non si verificherebbe, poiché lo psicoanalista non cercherebbe di spiegare, ma piuttosto di capire mediante una "conoscenza intuitiva del lavoro mentale di un'altra persona, basandosi sulla sua conoscenza pratica della natura umana. Quindi, per quanto preziosi ed utili possano essere, la conoscenza e la comprensione psicologica non hanno nulla a che fare con la psicologia intesa come scienza, così come la facilità ad occuparsi di "cose" conta poco per il fisico".

<sup>129</sup> BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 216.

A fronte di ciò, in conclusione, si potrebbe dire che l'epistemologia nega alla psicopatologia ogni carattere di scientificità e quindi, non è possibile reperire un concetto di infermità mentale che possa legittimamente aspirare ad una utilizzazione esclusiva ed univoca da parte della giurisprudenza, al fine di assicurare un minimo di uniformità in relazione al giudizio sull'imputabilità dell'agente.

D'altra parte, c'è anche chi, muovendo da diverse premesse, afferma la scientificità delle teorie psicopatologiche<sup>130</sup>. Secondo tale orientamento infatti, il primato di un paradigma rispetto ad un altro, non dipende dalla sua scientificità, bensì dal fatto che esso trovi maggior consenso fra gli

---

<sup>130</sup> AGAZZI E., *Criteri epistemologici delle discipline psicologiche*, in SIRI A., *Problemi epistemologici della psicologia*, Milano, 1976, 16 ss. Secondo l'autore, il raggiungimento di un livello adeguato di elaborazione scientifica si otterrebbe con la formulazione di proposizioni vere, che rispondono ad un certo linguaggio, a proposito di certi oggetti. E la verità o la falsità di queste proposizioni verrebbe decisa in modo immediato in base a criteri che esplicitamente o implicitamente siano stati assunti da ciascuna scienza come criteri di verità immediata. È importante che all'interno di questi diversi indirizzi psicopatologici venissero resi espliciti questi criteri, così in questo modo si comprenderebbe che ciascun paradigma si occupa di una realtà diversa e di oggetti diversi. Si può quindi, trarre questa conseguenza: se da un punto di vista epistemologico non sarebbe possibile scegliere fra le varie dottrine psicopatologiche in base ad un verdetto di falsità o verità, se ne dovrebbe dedurre che non si dovrebbe più parlare di una psicologia, ma di diverse psicologie, in quanto ciascuna di esse si occuperebbe di oggetti almeno in parte distinti, considererebbe cioè le cose da un punto di vista differente. Quindi, la scientificità della psicopatologia non escluderebbe la molteplicità dei paradigmi, ognuno dei quali potrebbe, dopo che siano adempiute le condizioni di validità, rivendicare in modo legittimo il proprio valore epistemologico. BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 218. L'autrice riporta il pensiero di Kuhn, il quale ritiene che l'evoluzione scientifica non avverrebbe per accumulazione di teorie, quanto piuttosto per paradigmi subentranti. La nuova teoria non è quasi mai un'aggiunta a ciò che è già noto, poiché la sua assimilazione richiede la ricostruzione della teoria precedente e una nuova valutazione dei fatti che sono stati osservati in precedenza. Quindi, i vecchi paradigmi verrebbero messi in crisi e sostituiti sempre e solo da altri paradigmi nuovi e in teoria migliori, anche se non confortati, resi forti, da fatti. Kuhn sostiene che la razionalità o l'irrazionalità di ciascuna costruzione scientifica non si coglie mediante l'analisi storica della scienza, ma attraverso l'analisi dell'operato e dei procedimenti di chi la produce, cioè gli scienziati. Infatti, l'evoluzione di una scienza non sempre segue schemi logici astratti, ma piuttosto schemi meno razionali e logici, poiché è condizionata da elementi esterni, come la psicologia dei ricercatori, la struttura sociale della comunità scientifica, le condizioni storiche dell'epoca. Sulla base di questa idea, *il primato di un paradigma rispetto ad un altro, non dipenderebbe dal fatto che in base ad un processo di verifica uno di essi si possa definire scientifico, ma dal fatto che esso trovi il maggior consenso tra gli scienziati*. Ma quando ciò non si verifica, la scienza entrerebbe in crisi a causa della coesistenza di diversi paradigmi, nessuno dei quali può ritenersi prevalente. E ciò si è verificato proprio per la psicopatologia, in cui convivono contemporaneamente paradigmi diversi, senza che sia possibile disporre di *standards* razionali per la loro verifica o per il loro confronto.

scienziati. Ma se questo non si verifica, la scienza entra in crisi e ciò è quanto si è verificato con la psicopatologia<sup>131</sup>.

Si giunge alla conclusione che nessuno di questi paradigmi si innalza a modello di riferimento emergente, poiché nessuno di questi prevede delle regole metodologiche in grado di dare spiegazioni a tutti i disturbi psichici, in quanto non c'è il potere euristico necessario, in ognuno, per ritenere scientificamente preferibile un paradigma rispetto ad un altro<sup>132</sup>. Questo è un problema per i giudici, i quali hanno la necessità di fruire del sapere scientifico, dato che non ne hanno diretta competenza. Ma, se c'è confusione nell'intendere il concetto di "infermità" e non c'è scientificità dei paradigmi esistenti, sceglieranno la soluzione del perito che secondo loro appare più convincente ed opportuna. E da questo punto di vista, ne deriva, che non vi è una certezza attorno al concetto di imputabilità, anzi, questo finisce per diventare un istituto del tutto discrezionale.

Oggi, la tendenza è di affermare una visione integrata del concetto di infermità mentale. Si tratta di un modello definito "bio-psico-sociale" che coglie, di ogni paradigma, gli aspetti che risultano essere più convincenti. La malattia mentale può quindi, essere influenzata da variabili biologiche, ma anche da fattori *extra* biologici che vanno da quelli psicologici a quelli socioculturali, per questo motivo, per comprendere i disturbi mentali, bisognerebbe prendere apporti da ogni

---

<sup>131</sup> Come già evidenziato, la crisi deriva dal fatto che il paradigma medico si è rivelato insufficiente a ricomprendere e spiegare il disturbo psichico per la mancanza di una causa organica che lo giustifica secondo i principi del paradigma stesso, ma non è stato in grado di farlo nemmeno il paradigma psicologico, e neanche quello sociologico, che avrebbe semplicemente offerto delle spiegazioni trattate più dalla ideologia che dalla scienza. Quindi, attualmente, nessuno dei tre paradigmi potrebbe validamente fondare e uniformemente orientare la giurisprudenza.

<sup>132</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 352-353.

paradigma, recependo le teorie, i dati, le ipotesi scientifiche che sono in grado di evidenziare il problema<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 352-353; CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 259. La tendenza è oggi quella di "affrontare la malattia mentale in una visione integrata, che tenga conto di tutte le variabili biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinismo della malattia e che possono avere nel singolo caso e con peso diverso, ruolo determinante nel produrre una condizione di sofferenza psichica". Questo tipo di approccio multidisciplinare rappresenta l'ipotesi del modello bio-psico-sociale, che costituisce il modello scientifico più completo di valutare e trattare sinergicamente e coordinatamente i disturbi psichici; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 375. Oggi, si è fatta avanti una visione multifattoriale dell'infermità mentale che fonde i tre paradigmi. Quindi, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, si ritiene che tutte quelle anomalie psichiche non inquadrabili nell'ambito delle malattie mentali, possono rientrare nel concetto di infermità, purchè siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che vi sia un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa; CANEPA G., *Nuovi orizzonti della ricerca in medicina legale*, Milano, 1995, 251. I disturbi della vita psichica sono complessi perché sono determinati da una molteplicità di fattori. Questi ultimi danno luogo ad un meccanismo sistematico di "causalità circolare" poiché tutti sono egualmente coinvolti, essendo ciascuno di essi al tempo stesso causa ed effetto, anche se con incidenza variabile a seconda delle circostanze. Secondo l'autore nella genesi del disturbo mentale interagiscono "le componenti biologiche ed organico-costituzionali; che a loro volta si riflettono su quelle psicologiche-psicodinamiche; le quali si integrano con quelle sociali-situazionali-ambientali. I vari fattori si integrano reciprocamente nel produrre l'effetto, il disturbo mentale".

### **1.3. Il punto di arrivo segnato dalle Sezioni Unite nel 2005 in tema di disturbi della personalità**

Alla luce di questi diversi paradigmi e delle criticità circa la loro scientificità, in tema di vizio di mente, la giurisprudenza, si è mostrata sensibile ai mutamenti della nozione di “infermità” mentale intervenuti nella scienza psichiatrica. Vi era una parte della giurisprudenza che condivideva l’orientamento medico-organicista, e riteneva che la malattia di mente che rileva ai fini della esclusione o riduzione della imputabilità è soltanto quella medico-legale<sup>134</sup>.

Invece, altra parte della giurisprudenza, ha cercato di mitigare il rigore della nozione di “infermità” a base organica o nosografica affermando che, il concetto di infermità mentale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale. Attualmente, c’è accordo sul fatto che il concetto di “infermità” sia diverso da quello di “malattia” e che sia più ampio.

---

<sup>134</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 376; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub. art. 88-89, 16-17; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 355. Un indirizzo giurisprudenziale ancora oggi diffuso, che era dominante fino a un recente passato, tende a ricostruire il concetto di malattia mentale in base ad un modello “medico-organicista”, nel senso che definisce “infermità” mentale soltanto il disturbo psichico che poggia su base organica e/o che possiede caratteri patologici così definiti da poter essere ricondotto ad un preciso quadro nosografico-clinico. Questo tipo di orientamento, che esclude dall’ambito dell’inimputabilità le semplici anomalie psichiche, privilegia i parametri clinici di giudizio allo scopo di soddisfare una duplice esigenza: da una parte, il fatto di ancorarsi alla nosografia psichiatrica ufficiale garantirebbe meglio il valore della certezza giuridica, dall’altra, questo ancoraggio impedirebbe un’eccessiva dilatazione dei casi di inimputabilità; MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 176. “L’infermità mentale ex artt. 88 e 89 c.p. presuppone l’esistenza di un vero e proprio stato patologico idoneo ad alterare i processi dell’intelligenza e della volontà con esclusione o notevole diminuzione della capacità di intendere e di volere. Ne consegue che esulano da tale nozione sia le anomalie caratteriali non conseguenti ad uno stato patologico, sia gli stati passionali, quali la gelosia, salvo che questa derivi da uno squilibrio integrante gli estremi della malattia mentale, poiché in quest’ultimo caso lo stato passionale ne costituisce solo manifestazione” (Cass., 25 Febbraio 1985); LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub artt. 88-89 c.p. In base alla sentenza della Cass. pen., sez. VI, 7 Aprile 2003, “esula dalla nozione di infermità mentale il gruppo delle cosiddette abnormità psichiche, come le nevrosi e le psicopatie, che non sono indicative di uno stato morboso e si sostanziano in anomalie del carattere non rilevanti al fine dell’applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p., in quanto hanno natura transeunte, si riferiscono alla sfera psicointellettuale e volitiva e costituiscono il naturale portato di stati emotivi e passionali”.

Quindi, il giudice potrà estendere l'applicazione degli artt. 88 e 89 c.p., anche se il disturbo psichico non rientra in un preciso inquadramento clinico, purchè si possa sostenere che esso abbia compromesso la capacità di intendere e di volere dell'imputato<sup>135</sup>. Verrebbe quindi, attribuito significato patologico anche alle *alterazioni mentali atipiche*, cioè psicopatie, nevrosi e disturbi della personalità. In questo modo viene valorizzato l'accertamento clinico, piuttosto che la classificazione astratta.

Per risolvere il dilemma se le psicopatie possono assumere rilievo ai fini del giudizio sull'imputabilità, appare decisiva la prospettiva che l'interprete privilegia. Infatti, se prevale l'esigenza di rafforzare la difesa sociale, si riterrà che l'equiparazione tra psicopatia e malattia mentale è in contrasto con gli scopi del diritto penale, poiché quei soggetti affetti da disturbi della personalità, confidando nell'esenzione da pena, sarebbero portati ad allentare i loro già deboli freni inibitori, mentre se è più rilevante, come di fatto è stato preferito, la preoccupazione di rispettare la *ratio* delle norme relative all'imputabilità, rispettando quindi, il principio di colpevolezza, allora si dovrà ammettere che anche le anomalie della personalità, in modo particolare, in presenza di condizioni di particolare gravità, possono incidere sulla capacità di intendere e di volere sino ad escluderla del tutto<sup>136</sup>.

A fronte di queste diverse posizioni, si può dire, che il contrasto giurisprudenziale è stato di recente risolto dalle Sezioni Unite con la sentenza del 25 Gennaio 2005, n. 9163<sup>137</sup>, pubblicata poi l'8 Marzo

---

<sup>135</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 355-356; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub. art. 88, 17-18.

<sup>136</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit. 355.

<sup>137</sup> Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni Unite*, cit., 1851-1873.

2005, che ha ritenuto non esaustivo il metodo nosografico e ha riconosciuto il rango di infermità ai disturbi della personalità che soddisfano alcune condizioni<sup>138</sup>. Ed è per questo che, la pronuncia Raso delle Sezioni Unite rappresenta una pietra miliare nell'elaborazione giurisprudenziale in tema di imputabilità<sup>139</sup>. C'è da evidenziare che

---

<sup>138</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 177-178. Con l'estendere ai disturbi della personalità e alle nevrosi le ipotesi di incidenza sull'imputabilità, si è effettuato un recupero in termini di certezza in una situazione in cui da una parte, il disturbo di personalità e le nevrosi potevano essere considerate infermità, ma dall'altra non mancavano pronunce che andavano in una direzione opposta. Quindi, questa importante sentenza, ha indubbiamente aiutato a risolvere i problemi giudiziari ed anche ad amministrare in modo più equo la giustizia. Tra l'altro, proprio la stessa sentenza, afferma il proprio intento di mettere fine alle oscillazioni interpretative e al disorientamento giurisprudenziale. La sua funzione sarebbe quella di assicurare uniformità tra gli indirizzi giurisprudenziali.

<sup>139</sup> Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1851 ss. Verso le ore 4 del 27 Dicembre 2001, Giuseppe Raso, davanti alla porta della propria abitazione, sul pianerottolo condominiale, esplose due colpi di pistola all'indirizzo di Vittorio Alemanno, che attingevano la vita all'altezza del collo e della testa, provocandone la morte. Gli agenti della Polizia di Stato, intervenuti a seguito delle segnalazioni, trovarono Raso ancora con la pistola in mano, che esclamava al loro indirizzo: "Sono stato io, così hai finito di rompere". All'intimazione di gettare l'arma ed alzare le mani, egli non ottemperava, anzi continuava ad impugnare la pistola ed a rivolgere minacce agli astanti, compresi alcuni condomini che erano accorsi dopo gli spari, quindi gli operanti furono costretti ad intervenire con la forza, disarmandolo ed immobilizzandolo. Già dai primi atti di indagine, e dalla stessa confessione di Raso, si appurava che l'omicidio era maturato in un clima di ripetuti diverbi condominiali, originati da presunti rumori dell'autoclave provenienti dall'appartamento della vittima, posto al piano superiore rispetto a quello dell'omicida, che più volte aveva indotto Raso a disattivare, recandosi in cantina, l'impianto dell'energia elettrica: ciò era avvenuto anche quella mattina e, risalendo l'omicida al quinto piano, ove era ubicata la sua abitazione, aveva incontrato Alemanno. Da qui, scaturì l'ennesima lite, che si concluse poi, tragicamente. L'omicidio Raso aveva condotto ad una condanna in primo grado a seguito della quale al pervenuto era stata riconosciuta la diminuzione del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p., che invece era stata esclusa all'esito del successivo giudizio di appello, essendo stato rilevato dai giudici del gravame, con una motivazione ispirata al paradigma medico-organicista, che "le anomalie comportamentali dell'imputato non hanno causa in un'alterazione patologica clinicamente accertabile, corrispondente al quadro clinico di una determinata malattia", né in "un'infermità o malattia mentale o alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica", ma in anomalie del carattere, in una personalità psicopatica o psicotica, in disturbi della personalità che non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall'art. 89 c.p. Il caso è rilevante per quanto concerne l'ampiezza del concetto di infermità, perché poi, la Cassazione a seguito del ricorso dell'imputato, aveva disposto la remissione alle Sezioni Unite, rilevando come nella giurisprudenza di legittimità fosse insorto da tempo un contrasto interpretativo su questa materia. Infatti, un primo orientamento riteneva che in tema di imputabilità, le anomalie incidenti sulla capacità di intendere e di volere, fossero solo le malattie intese in senso stretto; mentre un altro indirizzo, al tempo minoritario, riteneva che il concetto di "infermità" fosse più ampio rispetto a quello di "malattia mentale", e che ai fini dell'incapacità di intendere e di volere dovessero venire prese in considerazione anche le nevrosi e le psicopatie, qualora queste si manifestassero con un elevato grado di intensità. Sulla base delle considerazioni effettuate dalla Corte (descritte in

pronunce di questo tipo sono sicuramente sintomo di una “patologia” grave e ormai presente da tempo nel sistema penale. Infatti, potrebbe essere considerata come l’ennesimo segnale della “crisi” del concetto di imputabilità, che evidenzia l’insufficienza dei paradigmi fino ad ora utilizzati per inquadrare il concetto di “infermità” o della difficoltà di scegliere un modello idoneo e soddisfacente, che sia in grado di dire, se il soggetto che ha commesso il fatto, era capace di intendere e di volere nel momento in cui ha agito<sup>140</sup>.

Il presupposto fondamentale della decisione della Suprema Corte è costituito dal riconoscimento della maggiore ampiezza del concetto di “infermità” rispetto a quello di “malattia” e tale presupposto sembra trovare conferma in tre considerazioni:

La prima, il termine “infermità” di cui agli artt. 88 e 89 c.p. non viene utilizzato negli artt. 582 e 583 c.p.<sup>141</sup>, in cui il legislatore adopera il

---

seguito), questa ha affermato che anche i disturbi della personalità appaiono idonei ad escludere o a scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, ma a due condizioni: si deve trattare di un “disturbo idoneo a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile, che, incolpevolmente, rende l’agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, e conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente autodeterminarsi” ed inoltre, bisogna “individuare un nesso eziologico tra il disturbo mentale ed il reato”. Da questo punto di vista, la Cassazione ritiene che si appalesa l’*error iudicis* nel quale è incorso il giudice del gravame, il quale è erroneamente pervenuto alla esclusione del vizio parziale di mente evocando il criterio della “alterazione patologica clinicamente accertabile” e della “alterazione anatomico-funzionale della sfera psichica”, ritenendo che in ogni caso i “disturbi della personalità non integrano quella infermità di mente presa in considerazione dall’art. 89 c.p.”. La decisione del grado di Appello, deve quindi essere annullata, per altro giudizio ad altra sezione della Corte di assise di appello, in questo caso, di Roma.

<sup>140</sup> COLOMBO C., *Infermità estesa ai gravi disturbi. Uno stretto legame tra problematiche mediche, criminologiche e tutela dell’individuo*, in *Riv. pen.*, 2005, 1075. “Se fino ad oggi la giurisprudenza si è orientata seguendo un paradigma quasi esclusivamente medico, ora la situazione è in via di cambiamento. In effetti, accettando i gravi disturbi della personalità quali fonti di non imputabilità si viene ad aprire un vero e proprio riesame di tutta la tematica dell’imputabilità”.

<sup>141</sup> Gli artt. 582 e 583 c.p. disciplinano rispettivamente la *lesione personale* e le *circostanze aggravanti*. L’art. 582 c.p. sanziona penalmente la lesione personale lieve (da cui deriva una malattia di durata tra i 21 ed i 40 giorni) e lievissima (da cui deriva una malattia di durata non superiore a 20 giorni). Con il termine “malattia” in entrambe le disposizioni s’intende qualsiasi processo patologico acuto o cronico, localizzato o diffuso, idoneo a determinare un’apprezzabile menomazione funzionale dell’organismo fisico (malattia nel corpo) o psichico (malattia nella mente).

diverso termine di “malattia”. E siccome è lo stesso codice ad attribuire diversità di significato ai due termini, la Corte cerca di delimitare il significato degli stessi. La “malattia” viene definita come uno stato di sofferenza dell’organismo transitorio, con andamento evolutivo verso un esito (guarigione, morte, adattamento ad altre condizioni di vita) e, dal punto di vista etimologico, indica un concetto dinamico, un modo di essere che, in un certo punto, ha avuto inizio. Invece, il termine “infermità” indica qualsiasi malattia che colpisca l’organismo ed esprime un concetto statico, un modo di essere senza alcun riferimento al tempo di durata, quindi si può riconoscere un valore generico al concetto di infermità e valore specifico a quello di malattia<sup>142</sup>.

La seconda, viene tratta dallo stretto rapporto sistematico che sussiste tra gli artt. 88 e 89 e l’art. 85 c.p. La Corte ha rilevato che, ai fini del giudizio di imputabilità, ciò che interessa non è tanto la classificazione nosografica della condizione del soggetto, quanto “che il disturbo abbia in concreto l’attitudine a compromettere gravemente la capacità sia di percepire il disvalore del fatto commesso sia di recepire il significato del trattamento punitivo”, e questo chiaramente rende rilevanti anche i disturbi psichici non inclusi nell’ambito delle malattie psichiatriche in senso stretto<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub artt. 88-89, 85; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1864-1865, punto 10.1; MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata. Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente.*, in *Arch. pen.*, 2019, 17. Secondo la Sentenza Raso, la definizione di “infermità mentale” che il legislatore ha inserito negli artt. 88 e 89 c.p. non coinciderebbe con quella di “malattia mentale”, risultando il primo concetto comprensivo del secondo, ma di portata più ampia. Infatti, la Corte nota che, laddove il legislatore ha voluto parlare di malattia mentale, ha utilizzato in modo espresso la diversa espressione di “malattia del corpo o della mente”, come ad esempio si può notare negli artt. 582 e 583 c.p.

<sup>143</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub artt. 88-89, 19; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1865-1866, punto 10.2; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 354. La tesi della maggiore ampiezza del concetto di “infermità” riceve sostegno se si considera lo scopo delle norme sull’imputabilità. Infatti, al fine del

Infine, in base alla terza considerazione, la Corte ricorda che i disturbi della personalità sono stati classificati dal DSM-IV e ciò, rende evidente l'esistenza di un diffuso accordo tra la comunità scientifica ad attribuire a questi disturbi l'attitudine a proporsi come causa idonea ad escludere o grandemente scemare la capacità di intendere e di volere del soggetto, in via autonoma e specifica, senza la necessità che il disturbo si sovrapponga da un preesistente stato patologico<sup>144</sup>. Tra l'altro, nel DSM, il concetto di disturbo si colloca al di fuori di un'ottica eziopatogenetica, cioè non si parte dall'idea che a ogni disturbo corrisponde un'entità fondata su una specifica eziopatologia, ma si parla di disturbo solo in senso sindromico.

Ammesso ciò, i disturbi della personalità possono rientrare nell'ambito delle infermità, ma a due precise condizioni: 1) ci deve essere un'effettiva incidenza del disturbo sulla capacità di intendere e di volere, di grado talmente elevato da averla compromessa; 2) ci deve essere inoltre, la sussistenza di un nesso eziologico tra disturbo e fatto-reato, tale da far ritenere quest'ultimo casualmente determinato dal primo. Per assicurarsi dell'esistenza di questi due elementi, il giudice non ha criteri da seguire, ma soltanto il parere di un perito che viene così ad acquistare una posizione predominante in un ambito vasto e soprattutto bisognoso di certezze come quello dell'infermità<sup>145</sup>. Inoltre,

---

giudizio sulla capacità di intendere e di volere, non interessa tanto che la condizione del soggetto sia esattamente catalogabile nell'ambito delle malattie mentali elencate nei trattati di medicina, ma che il suo disturbo abbia in concreto l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto compiuto e di recepire il significato del trattamento punitivo.

<sup>144</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub artt. 88-89, 19; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1866-1868, punti 11 e 11.1; MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 179.

<sup>145</sup> COLOMBO C., *Infermità estesa ai gravi disturbi*, cit., 1076. Da questo punto di vista, è in aumento lo spazio riservato al "rischio" con il risultato che il compito dei giudici, diventerà un peso ingente sulle spalle di una persona costretta a giudicare mediante parametri non sempre accertati, ma solo forniti.

la sentenza ha poi sostenuto che non deve essere dato alcun rilievo, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità, ad altre anomalie caratteriali o alterazioni o disarmonie della personalità, nonché agli stati emotivi e passionali, salvo che questi ultimi non si inseriscano, eccezionalmente e per le loro peculiarità, in un quadro più ampio di infermità.

Il rischio paventato attorno a questa apertura parte dal presupposto che, se i disturbi della personalità rientrano nel concetto di "infermità", si ampliano in modo incontrollato le assoluzioni per difetto di imputabilità, e quindi si indebolisce l'efficacia general-preventiva del sistema penale. Ma, in questo senso, la Cassazione ha suggerito la cautela che, le forme patologiche devono essere di consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere e di volere, ed inoltre chiarisce che "deve, perciò trattarsi di un disturbo idoneo a determinare una situazione di assetto psichico incontrollabile ed ingestibile che, incolpevolmente, rende l'agente incapace di esercitare il dovuto controllo dei propri atti, di conseguentemente indirizzarli, di percepire il disvalore sociale del fatto, di autonomamente, liberamente, autodeterminarsi"<sup>146</sup>. Tuttavia, le apprensioni non svaniscono del tutto<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 177-178.

<sup>147</sup> FIANDACA G., *Osservazioni*, cit., 872-873. Lo studioso evidenzia come, in relazione a quelle parafilie che destano un certo malcontento sociale, vi sia il rischio che possa nella giurisprudenza futura riconoscersi rilievo, ai fini del giudizio di imputabilità, anche a quelle anomalie psichiche ravvisabili nel comportamento di non pochi autori pedofilici. "In effetti, prima di avvallare in via definitiva la soluzione allargatrice, dovremmo sforzarci di pronosticarne il possibile impatto sulla prassi giurisprudenziale: tenendo peraltro conto delle forme di criminalità che attualmente più occupano la scena. Penso ad esempio, per un verso, a fenomeni come la pedofilia: secondo molti psicologi e psichiatri, i pedofili avrebbero una personalità immatura e molto disturbata, tale da renderli più simili a malati che a soggetti sani. Orbene, v'è da chiedersi in termini pronostici se il concetto generico di "altro grave disturbo psichico", quale nuova causa di incapacità, possa nella giurisprudenza futura essere considerato comprensivo delle anomalie psichiche ravvisabili nel comportamento di non pochi autori di atti pedofilici". Infatti, da questo punto di vista, è legittimo chiedersi se questa parafilia sia davvero un disturbo, o piuttosto una descrizione di comportamento, e se i soggetti che ne sono diagnosticati portatori sono in realtà dei "malvagi" in cui a difettare non è la capacità di intendere e di volere, ma quella morale.

In conclusione, già prima di questa sentenza, a fronte dell'ampliamento del concetto di "infermità", si era sentita l'esigenza di adattare il dato normativo, ed infatti, ci sono stati diversi progetti di riforma del codice penale. Vi era infatti, la volontà di giungere ad un'estensione del concetto di vizio di mente, affiancando la tradizionale nozione di infermità con altri disturbi di tipo non strettamente medico, altrettanto capaci di incidere sulla capacità di intendere e di volere, sino ad escluderla o scemarla grandemente. In questo modo, si sarebbero recepiti i moderni insegnamenti delle scienze psicopatologiche. Ciò, in altri ordinamenti stranieri era già avvenuto, eppure non si ha avuto un ampliamento sproporzionato del concetto di imputabilità<sup>148</sup>.

Infatti, tra i più rilevanti, già il progetto Pagliaro del 1992 menzionava, accanto all'infermità mentale, "*altre anomalie*", e considerava idonea

---

<sup>148</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 183-185. Nella sentenza 9163/2005 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, è affrontato il problema comparativistico, relativo all'accoglimento o meno dei disturbi di personalità e delle nevrosi fra le infermità giuridicamente intese. In Spagna, il codice del 1995 prevede che "*sono esenti da responsabilità criminale, coloro che al tempo dell'infrazione penale, per causa di qualsiasi anomalia o alterazione psichica non potevano comprendere la illiceità dell'atto o agire in conformità a tale comprensione*"; il codice tedesco del 1975 invece, fa riferimento a "*turbe mentali patologiche*", "*profondo disturbo della coscienza*", "*deficienza mentale*", "*altra grave anomalia mentale*"; il codice francese del 1993 prevede un "*disturbo psichico o neuro psichico*"; poi ancora, il codice portoghese del 1995 fa riferimento all' "*anomalia psichica*"; il codice olandese dispone che "*non vi è imputabilità per condizioni psicopatologiche di carenza dello sviluppo o disturbo morboso delle capacità mentali*"; in Svezia, nel 1992 una nuova legge in materia di psichiatria forense ha introdotto il concetto di "*grave disturbo psichico*" che ha sostituito la formula originaria di "*malattia mentale*"; infine, il codice sloveno del 1995 prevede la non imputabilità del soggetto agente se questo era affetto, al momento del compimento del fatto, da un' "*infermità mentale, permanente o temporanea*", da "*disturbi psichici temporanei*", da uno "*sviluppo psichiatrico imperfetto*" o da "*altra anomalia psichica permanente e grave*". Come si può notare, questi codici hanno dato ospitalità a un concetto più ampio rispetto a quello di "*malattia mentale*", in modo da attribuire rilevanza anche ai disturbi della personalità, ai fini dell'imputabilità del soggetto agente. Anche se questi paesi hanno utilizzato un concetto più ampio, non sembra che vi sia stato un ampliamento eccessivo della non imputabilità che alcuni temevano, anzi si è rilevato che il vero problema che è avvenuto in Spagna è un altro, e cioè di una giurisprudenza iper restrittiva sul concetto di non imputabilità, e quindi la giurisprudenza, facendosi carico di sopravvenute preoccupazioni general-preventive, ha finito con l'interpretare in modo restrittivo il concetto di "*anomalia psichica grave*" quale nuova causa di non colpevolezza introdotta dalla riforma. Quindi, potremmo dire, un effetto paradossale; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1868-1869; COLLICA M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 891-892.

ad escludere l'imputabilità "ogni altra causa" incidente sullo stato mentale del soggetto<sup>149</sup>. Poi ancora, il progetto Grosso nella stesura originaria del 2000 faceva riferimento a "un'altra grave anomalia" e nel testo modificato del 2001 utilizzava la dizione di "altro grave disturbo della personalità"<sup>150</sup>. Sempre in questa linea si è posta anche la riforma Orlando. Infatti, quest'ultima ha disposto la revisione del modello definitorio dell'infermità mentale, mediante la previsione di clausole che siano in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità,

---

<sup>149</sup> RIVELLO P., *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2018, 434; COLLICA M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 889. L'art. 34 del progetto, nel processo di estensione delle cause di esclusione dell'imputabilità, è persino sembrato andare oltre gli insegnamenti degli ordinamenti stranieri, affiancando all'infermità, "l'altra anomalia", non richiedendone la gravità e prevedendo, addirittura, una disposizione di chiusura relativa ad "altre cause"; *Cass.*, Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1869.

<sup>150</sup> RIVELLO P., *L'imputabilità e l'infermità mentale*, cit., 434; MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 185. Per quanto riguarda il Progetto Grosso, la sentenza delle Sezioni Unite ricorda che esso suggeriva di aggiungere alle condizioni suscettibili di incidere sull'imputabilità anche il "grave disturbo della personalità", aggiungendo in sede di Commissione, di non volere con ciò dare "nessuna patente di irresponsabilità"; COLLICA M.T., *Fughe in avanti*, cit., 860. La Commissione Grosso adotta un modello "aperto", garantito dall'espressione "infermità o altra grave anomalia" del testo originario, "infermità o altro grave disturbo della personalità" nel testo riveduto, per consentire, nel rispetto del principio di legalità, come si esprime la Commissione, "un flessibile adeguamento al mutare delle conoscenze scientifiche e in genere delle concezioni pertinenti". Secondo la Commissione, la scelta legislativa più ragionevole è quella di assicurare le condizioni di adeguamento del sistema giuridico al sapere scientifico, evitando prese di posizione troppo rigide e adottando formule volte a recepire la possibile rilevanza dei diversi paradigmi cui il dibattito scientifico sia riconosciuta serietà e consistenza. Il cambiamento della locuzione "altra grave anomalia" in "altro grave disturbo della personalità" è stato operato per venire incontro alle critiche formulate, in modo particolare, da una parte della psichiatria forense, che riteneva che il termine "anomalia" fosse troppo generico e atecnico. Inoltre, si era evidenziato che l'affiancamento del termine "anomalia" a quello di "infermità" avrebbe determinato perplessità diagnostiche sul piano nosografico. Invece, l'espressione "disturbi della personalità" compare nel più diffuso e accettato manuale psicodiagnostico, il DSM-IV, la cui nomenclatura nosografica prevede sindromi, non malattie. Ma, il termine "disturbo della personalità" se vuol essere conforme allo scopo di una maggiore precisazione tecnica per il quale è stato introdotto, si rivela riduttivo e contemporaneamente ampliativo. Riduttivo perché si presta a ricomprendere solo le psicopatie, ed infatti, per esempio, i disturbi di tipo nevrotico ne sono esclusi, essendo inquadrati sotto un'altra e distinta nomenclatura, quella dei disturbi d'ansia, mentre è un termine ampliativo nel senso che consente di ricomprendere una serie di anomalie psichiche non altrimenti classificabili. In base a queste considerazioni, la Commissione avrebbe fatto meglio ad utilizzare l'espressione "altro grave disturbo mentale" o "altro grave disturbo psichico"; *Cass.*, Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1869-1870.

prendendo in questo modo atto del carattere insoddisfacente dell'attuale assetto normativo<sup>151</sup>.

Ora, spetterà al legislatore delegato il compito di pervenire, basandosi su tali considerazioni, ad una soddisfacente riscrittura delle norme in esame.

---

<sup>151</sup> RIVELLO P., *L'imputabilità e l'infermità mentale*, cit., 434. L'autore evidenzia come la riforma Orlando, garantirebbe a livello normativo, l'adeguamento del mondo del diritto ai risultati raggiunti nei settori scientifici che rappresentano il necessitato punto di riferimento nell'approccio alla tematica dell'imputabilità, evitando al tempo stesso, mediante la fissazione di una serie di parametri predefiniti, delle "aperture" incontrollate, tali da giustificare il riconoscimento della incapacità di intendere e di volere in un numero statisticamente molto alto di vicende giudiziarie; RIVELLO P., *La revisione del modello definitorio dell'infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 129-131. L'art. 16 della riforma Orlando ha delegato il Governo ad adottare una serie di decreti legislativi. In particolare alla lettera c) viene menzionata la revisione del modello definitorio dell'infermità mentale "mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi della personalità". Questo appare estremamente importante e significativo, visto il carattere del tutto insoddisfacente dell'attuale assetto normativo. Infatti, il mondo del diritto è ancorato ad impostazioni da tempo sconfessate nei settori scientifici che dovrebbero costituire il punto di riferimento in relazione a questa materia. La riforma Orlando è giunta alla formulazione di un progetto di revisione per quanto concerne questa materia sulla base di premesse teoriche significative che dovranno essere poste a base del lavoro affidato al legislatore delegato. Infatti, in primo luogo, si è tenuto conto delle indicazioni provenienti dal campo psichiatrico, volte a considerare riconducibili al vizio di mente anche i disturbi della personalità, le nevrosi e le psicopatie, purchè si manifestino con un elevato grado di intensità e siano tali da incidere in modo significativo, sul funzionamento dei meccanismi intellettivi e volitivi dell'individuo. In secondo luogo, sono state riprese le indicazioni emergenti, ad esempio, dal progetto Grosso in merito a questa tematica. In terzo luogo, hanno pesato ancora di più le conclusioni accolte dalla giurisprudenza ed in modo particolare, dalla Cassazione a Sezioni Unite, con una sentenza senza dubbio innovativa e ricca di spunti rilevanti, la n. 9163/2005. L'intervento a cui è chiamato il legislatore delegato in seguito alla riforma Orlando non potrà non tener conto del fatto che il termine "infermità mentale" deve essere considerato in un'accezione che trascende l'ambito della "malattia mentale", essendo attualmente ritenuta inaccettabile la tesi volta a considerare totalmente sovrapponibili le due nozioni ed in base alla quale dovrebbero essere ricomprese tra le "infermità mentali" le sole alterazioni patologiche clinicamente accertabili, quindi unicamente le manifestazioni morbose con base anatomica e substrato organico. Il punto di partenza della riforma deve essere rappresentato da quello che costituisce il punto di arrivo dell'analisi condotta dalle Sezioni Unite, con cui venne fatto riferimento a una nozione più ampia di infermità rispetto a quella di malattia psichica, ed in base alla quale anche i disturbi della personalità appaiono idonei ad escludere o a scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, in quanto sebbene non riconducibili, dal punto di vista nosografico, nell'ambito delle malattie mentali, possono costituire delle infermità qualora determinino il risultato di pregiudicare le capacità intellettive e volitive, totalmente o grandemente. Spetterà poi, al legislatore delegato evitare che le semplici anomalie o stranezze comportamentali finiscano con l'essere confuse con i disturbi della personalità, e di chiarire con idonee indicazioni entro quali limiti essi possano incidere sull'imputabilità.

## 2. Il vizio di mente parziale

“Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita” (art. 89 c.p.).

L'istituto del vizio parziale di mente è stato introdotto nel Codice Rocco, con il fine di risolvere il caso di quei soggetti che, pur senza essere proprio privi della capacità di intendere e di volere, non sono dotati nemmeno di normalità psichica. Quindi, tale disposizione rappresenta una soluzione ispirata a principi equitativi che scaturiscono dal contesto sociale, piuttosto che da varie considerazioni criminologiche o scientifiche<sup>152</sup>.

La norma detta una parziale deroga alla causa di esclusione dell'imputabilità di cui all'art. 88 c.p., per il caso in cui il vizio di mente non escluda totalmente, ma si limiti a ridurre *grandemente* la capacità di intendere e di volere. Infatti, il vizio parziale si distingue da quello totale di cui all'art. 88 c.p. esclusivamente in base ad un *criterio quantitativo* e non anche qualitativo, in quanto ciò che ha rilevanza è il grado dell'alterazione mentale e non invece, la sua estensione<sup>153</sup>(il vizio

---

<sup>152</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353; CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Padova, 1998, 568.

<sup>153</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353. L'art. 89 c.p. considera il grado dell'alterazione mentale e non la sua estensione. Infatti, esso non rappresenta una patologia che interessa soltanto una parte della mente, ma quella che la menoma tutta in modo, però, meno grave rispetto al vizio totale. Infatti, il termine “parziale” significa ridotto, non invece circoscritto; l'incapacità di intendere e di volere settoriale, infatti, è idonea ad escludere totalmente l'imputabilità; MARINI G., *Imputabilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, cit., 7; MARINI G., *Imputabilità*, cit., 256-257; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 776; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit. 373; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 358. La distinzione tra le due forme di vizio di mente è affidata ad un criterio non qualitativo, bensì quantitativo, in quanto la legge prende in considerazione il grado e non l'estensione della malattia mentale. “Come si suole

parziale non è l'anomalia che interessa un solo settore della mente, ma quella che investe tutta la mente, ma in misura meno grave)<sup>154</sup>.

Per questo motivo, l'apprezzamento quantitativo dell'infermità totale o parziale deve essere effettuato in concreto, caso per caso, tenendo in considerazione le caratteristiche del disturbo e dell'esperienza soggettiva del singolo nei confronti del particolare delitto commesso. In base a queste considerazioni, il soggetto sarà comunque imputabile, ma la conseguente ridotta capacità, dovuta ad un vizio parziale, rappresenterà il presupposto della minore ampiezza della colpevolezza<sup>155</sup>. Occorre evidenziare che affinché si configuri la diminuente del vizio parziale di mente, non è sufficiente che

---

insegnare, vizio parziale non è l'anomalia che interessa un solo settore della mente, bensì quella che investe tutta la mente ma in misura meno grave". Al fine dell'accertamento del vizio parziale di mente, sono da respingere gli schematismi rigidi e aprioristici, infatti, non esistono forme morbose che, per loro natura, comportano sempre l'infermità totale o parziale, ma l'apprezzamento quantitativo dell'infermità deve essere effettuato in concreto, in relazione al singolo caso, tenendo in considerazione le caratteristiche del disturbo e dell'esperienza soggettiva del singolo nei confronti del particolare delitto in questione; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 643; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., in *Manuale*, cit., 467. La semi-infermità di mente coincide con un disturbo non settoriale, che deve investire tutta la psiche del soggetto, ma in modo tale da non escludere totalmente la capacità di comprendere correttamente il senso della realtà esterna e le conseguenze dei propri comportamenti, nonché di autodeterminarsi; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 665; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 632. "(...) la legge prende in considerazione il grado dell'alterazione mentale e non già l'estensione. Per vizio parziale, infatti, non s'intende l'anomalia che interessa un solo settore della mente, ma quella che interessa in parte, e cioè in misura meno grave, la mente medesima". Da ciò ne deriva che nelle forme di delirio sistematizzato, cioè, localizzato ad un settore psichico, l'imputabilità può essere esclusa totalmente, se la capacità di intendere e di volere non sussiste, mentre nelle forme morbose che coinvolgono tutta la mente, l'imputabilità può essere solo diminuita, come di fatto avviene in alcuni casi di imbecillità, deficienza, ecc.

<sup>154</sup> GAROFOLI R., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale.*, Milano, 2003, 482-483. Il vizio parziale di mente deve essere distinto dalla c.d. incapacità settoriale, poiché il primo interessa la mente nel suo complesso, anche se con una minore intensità rispetto al vizio totale, mentre la seconda non è altro che un'anomalia che incide su di un settore circoscritto della mente. Infatti, l'incapacità di intendere e di volere settoriale può, promanare da un'anomalia grave, ma in sé circoscritta (es. piromania) e fondare un giudizio di totale inimputabilità del soggetto per il fatto commesso, mentre una compromissione psichica non estrema, però diffusa, può indurre in concreto una capacità ridotta per la generalità dei fatti commessi.

<sup>155</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 89 c.p., 21. "Nel vizio parziale di mente la capacità d'intendere e di volere è presente, ma risulta diminuita d'intensità o grado a causa della (minore) incidenza dell'infermità sulla capacità d'intendere e di volere. Il soggetto, pertanto, è imputabile, ma la conseguente capacità ridotta rappresenta il presupposto di una minore colpevolezza".

un'infermità abbia diminuito le capacità intellettive del soggetto che ha agito, ma è necessario che la diminuzione di quelle capacità sia molto seria, infatti, la legge richiede che la capacità di intendere e di volere sia grandemente scemata<sup>156</sup>.

Per poter applicare l'art. 89 c.p., la riduzione della capacità deve derivare da "infermità" (in base al significato esaminato per il vizio totale, anche con riferimento all'evoluzione subita dai vari concetti coinvolti, di cui si è detto nel paragrafo precedente) e deve essere di notevole intensità. In questo senso, il vizio parziale comporta una diminuzione di pena, quindi si tratta di una circostanza attenuante del reato, rientrante tra quelle inerenti alla persona del colpevole e, in quanto tale, assoggettata al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*

Discusso soprattutto in passato dagli psichiatri e dai giuristi, il vizio parziale di mente è stato a lungo considerato una mera finzione giuridica, sul rilievo per cui clinicamente un soggetto o è sano o è infermo. Però, oggi si riconosce che esso ha un fondamento anche scientifico, poiché possono esistere soggetti che possiedono una capacità di intendere e di volere, la quale per cause costituzionali, nevrosi, malattie organiche, ecc., non raggiunge il livello normale<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> PAGLIARO A., *Principi*, cit., 642-643. Differentemente dall'ipotesi del vizio totale di mente, in questo caso, l'infermità non deve aver escluso la capacità di intendere o di volere, ma deve averla grandemente ridotta. "Secondo le parole della relazione ministeriale, si deve trattare di uno stato patologico veramente serio; ma, a nostro parere, piuttosto che alla gravità della infermità, si deve guardare alla ampiezza delle deviazioni psicologiche; le due nozioni infatti possono non coincidere, in quanto ad una grande infermità può corrispondere perfetta lucidità di mente, e viceversa. In pratica, il disposto del legislatore mira a impedire che ogni minima forma di nevrosi possa essere considerata vizio parziale di mente".

<sup>157</sup> PAGLIARO A., *Principi*, cit., 643; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 631. La configurazione del vizio parziale di mente è stata oggetto di accese discussioni in sede scientifica e giuridica, poiché si riteneva che è assurdo considerare un soggetto in parte sano ed in parte malato; tuttavia l'opinione prevalente, anche nel campo psichiatrico, è favorevole ad ammettere questa forma clinica; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 359. L'istituto è stato oggetto di valutazioni politico-criminali contrastanti. Fino ad un recente passato, prevalevano le prese di posizione critiche, che tendevano a mettere in evidenza il carattere artificioso dell'infermità parziale, dato che il

Si è discusso poi, in ordine alla compatibilità del vizio parziale di mente con le circostanze, aggravanti o attenuanti, del reato.

In primo luogo, nella giurisprudenza, non sembra residuare alcun dubbio circa la compatibilità tra la diminuzione di cui all'art. 89 c.p. e la sussistenza del **dolo**. Si è infatti affermato, che la coscienza e la volontà anche se diminuite, non sono incompatibili con l'elemento soggettivo del dolo, in quanto sussiste una piena autonomia concettuale tra la diminuzione, che riguarda la sfera psichica del soggetto al momento della formazione della volontà e l'intensità del dolo, che invece, riguarda il momento in cui la volontà si manifesta. Questa compatibilità è stata affermata anche nel caso di dolo eventuale, che si ha quando il soggetto pone in essere un evento principale o un evento accessorio, ritenendolo soltanto possibile<sup>158</sup>.

---

medesimo soggetto sarebbe da considerare o sano o infermo, ma non contemporaneamente per metà normale e per metà malato. Di recente, si è assistito ad un tentativo di rivalutazione della semi-infermità, sul presupposto che la via di mezzo della non imputabilità ridotta costituisce una modalità per non deresponsabilizzare sul piano penale, il malato che ha compiuto un delitto; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 665. Si è considerato tale vizio una mera finzione giuridica, poiché si è affermato che clinicamente un soggetto è infermo o sano e non può essere mezzo infermo e mezzo sano. Però, oggi, la maggior parte dei penalisti e degli psichiatri ammette che esso, pur non essendo agevole da accertare, ha un fondamento anche scientifico, perché esistono dei soggetti che possiedono una capacità di intendere e di volere, la quale per cause costituzionali, nevrosi, malattie organiche, ecc., non raggiunge il livello normale. E tale istituto, lo si rivaluta anche come un modo per non deresponsabilizzare penalmente l'autore del reato malato; INTRONA F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 721. L'autore ha affermato che "il vizio parziale di mente è ascientifico perché se le funzioni intellettive o volitive sono compromesse grandemente non si vede come la piccola quota residua di capacità possa governare la condotta dell'autore che in questo caso è imputabile ma condannato a pena ridotta. Ed è anche vero che spesso il ricorso al vizio parziale di mente è una soluzione più o meno comoda per uscire dalle incertezze"; COLLICA M.T., *Prospettive di riforma*, cit., 905. La studiosa ha sottolineato che la sola diminuzione di pena non possa essere ritenuta coerente con le esigenze terapeutiche del condannato.

<sup>158</sup> LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 89 c.p., 21; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 377-378. I concetti di vizio parziale di mente e di dolo operano su due piani diversi e non omogenei. Infatti, tra la diminuzione di cui all'art. 89 c.p. che si riferisce alla capacità intellettiva e volitiva del soggetto e alla sua imputabilità, e l'intensità del dolo, che invece, è inteso come grado rilevante di determinazione ad attuare uno specifico progetto delittuoso, si deve considerare che sussiste una relazione di autonomia e di non sovrapposibilità concettuale. La semiinfermità mentale investe la sfera psichica del soggetto e l'ordinario processo formativo della sua volontà, mentre l'intensità del dolo riguarda

Il vizio parziale di mente è poi compatibile con l'aggravante della **premeditazione**, purchè non sia essa stessa manifestazione della malattia, cioè non consista in una manifestazione dell'infermità psichica da cui è affetto l'imputato, nel senso che il proposito criminoso coincida con un'idea fissa ossessiva che fa parte del quadro sintomatologico di quella determinata infermità<sup>159</sup>.

---

la dinamica, resa manifesta da evenienze estrinseche mediante cui si esprime la volontà e persegue l'illecito che il reo ha di mira; PANUCCI G., *Compatibilità tra seminfermità e peculiare intensità del dolo*, in *Cass. pen.*, 2012, 507-513. Da tempo, è stato risolto il problema circa il rapporto tra vizio parziale di mente e dolo, e si è affermata la piena compatibilità dei due istituti, tanto sul piano naturalistico-psicologico, quanto su quello più strettamente logico-giuridico. Con riferimento al primo aspetto, si è posto in evidenza come il semi-infermo di mente, in quanto tale, mantiene quello stato di parziale capacità di intendere e di volere che consente processi psichici del tutto equivalenti a quelli di un soggetto pienamente normale. Invece, in base al secondo aspetto, nessuna incompatibilità potrebbe ravvisarsi tra i due istituti, perché operano in ambiti totalmente diversi. Il vizio parziale di mente attiene al piano dell'imputabilità, cioè, in base a quanto dispone l'art. 85.2 c.p., la qualifica normativa di una condizione psichica soggettiva il cui substrato naturalistico è dato dalla capacità di intendere e di volere. Invece, il dolo, è l'elemento soggettivo del reato, nel senso che esprime il rapporto tra la volontà del soggetto e un determinato fatto previsto dalla legge come reato, nel momento in cui quella volontà si estrinseca per perseguire l'obiettivo rappresentato. In base a queste premesse, la giurisprudenza ha ritenuto che la diminuzione del vizio parziale di mente è compatibile con il dolo. Inoltre, si è precisato che l'indagine sulla colpevolezza di un soggetto ad imputabilità diminuita va effettuato con gli stessi criteri che si adottano nei confronti di un soggetto pienamente capace. "Non è ravvisabile alcuna incongruenza o ragione di incompatibilità logica e giuridica tra la ritenuta peculiare intensità del dolo, riconducibile alla posizione di chi veda attribuirsi il ruolo di capo o di vertice di una associazione criminosa, e il riconoscimento del vizio parziale di mente" (Cass. pen. 15.9.2009, n. 46817, 506). Anche la dottrina riconosce la compatibilità tra i due istituti, articolando la tesi sulla base della c.d. teoria bipartita dell'imputabilità. Quindi, secondo la teoria che intende l'imputabilità come il presupposto della colpevolezza, il seminfermo è imputabile, sebbene con imputabilità diminuita, e conseguentemente passibile del giudizio di rimproverabilità con cui la colpevolezza in senso normativo è identificata, mentre secondo la teoria che considera l'imputabilità come mera condizione soggettiva di sottoponibilità del reo a pena, il vizio di mente solo parziale da cui il seminfermo è affetto non ne escluderebbe la capacità di atteggiamenti mentali del tutto analoghi a quelli propri del soggetto mentalmente sano; MARINI G., *Imputabilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, cit., 7; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 776; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 643. L'intensità del dolo e il grado della colpa sono elementi che devono essere valutati in maniera indipendente rispetto alla capacità di intendere e di volere. Anche un infermo di mente può avere, magari a cagione della propria infermità, una particolare intensità o persistenza del proposito criminoso. Poi, dal punto di vista del regime giuridico, il vizio parziale di mente comporta una diminuzione di pena. E, per determinare l'ampiezza di questa diminuzione, si devono applicare le norme sulle circostanze del reato.

<sup>159</sup> La premeditazione è una forma di dolo di proposito che richiede da un lato, un notevole lasso di tempo tra l'ideazione del reato e la sua concreta attuazione (elemento cronologico), e dall'altro una preordinazione di modalità e mezzi per assicurare al piano criminoso una possibilità di riuscita (elemento ideologico). Rileva come circostanza aggravante nei delitti di omicidio (art. 577.3 c.p.) e

Si è ritenuta, altresì ammessa la compatibilità del vizio parziale di mente con lo stato d'ira di cui all'art. 62.2 c.p. e con la circostanza attenuante della **provocazione**. L'ira è uno stato emotivo connesso alle alterazioni psichiche considerate causa di seminfermità mentale ed il seminfermo è capace di sentire l'ingiustizia dell'altrui azione al punto da essere spinto da una comprensibile ira alla reazione. Lo stato d'ira legittima, quindi, la concessione dell'attenuante quando sia suscitato dall'altrui fatto ingiusto<sup>160</sup>.

---

lesione personale (art. 585 c.p.); FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 377; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 643; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 359; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 666. La Suprema Corte, a Sezioni Unite, ha affermato la compatibilità del vizio parziale di mente con la premeditazione, poiché, il seminfermo, potendo agire con dolo, è meritevole, per quel tanto di capacità che gli è riconosciuta, del particolare rimprovero dovuto alla persistenza del proposito criminoso. Ma, è incompatibile quando la premeditazione è essa stessa manifestazione tipica dell'infermità del soggetto; MARINI G., *Imputabilità*, cit., 257. Vi è compatibilità tra vizio parziale di mente e premeditazione, altrimenti se fosse il contrario, non vi sarebbe alcun fondamento nella logica del codice vigente, poiché si contrasterebbe con le nozioni delle forme dell'elemento soggettivo e con la rilevanza loro attribuita dal legislatore anche ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale (artt. 203 e 133 c.p.) e di conseguenza con il significato parzialmente specializzante dell'ipotesi di cui all'art. 89 c.p.; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 776; ancora, circa la compatibilità tra vizio parziale di mente e premeditazione: Sez. I, 25 Gennaio 1994, Maso, n. 3240, in *Cass. pen.*, 1995, 3347. "... non sussiste in linea di principio incompatibilità tra aggravante della premeditazione e accertamento del vizio parziale di mente, in quanto la prima opera sul piano del dolo ed il secondo su quello della imputabilità. L'incompatibilità può essere in concreto rilevata in quei casi in cui il proposito criminoso coincide con una idea fissa ossessiva, facente parte del quadro sintomatologico di quella determinata infermità" e Sez. I, 13 Ottobre 1998, n. 1484, Ingaglio, in *Cass. pen.*, 2000, 614.

<sup>160</sup> L'art. 599.2 c.p. prevede che "non è punibile chi ha commesso alcuni dei fatti preveduti dall'art. 595 c.p. (diffamazione) nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui e subito dopo di esso". Si tratta dell'istituto della provocazione, cioè la stessa figura di cui all'art. 62.2 c.p. che nel caso di specie, non attenua la pena, ma la esclude del tutto. La disposizione richiede due presupposti fondamentali affinché possa operare l'esimente: il fatto ingiusto altrui e lo stato d'ira conseguente. Il fatto ingiusto altrui che provoca lo stato d'ira può consistere in qualsiasi comportamento contrario a norme giuridiche, civili, morali o di costume, e deve essere idoneo a determinare lo stato d'ira dell'autore, quindi deve valere come provocazione in senso stretto. Lo stato d'ira, conseguente al fatto ingiusto, invece, consiste in un'alterazione psichica cui consegue la perdita del controllo di sé stessi per l'indebolimento o la mancata attivazione dei freni inibitori. È sicuramente necessario che questo stato sia la diretta ed immediata conseguenza del fatto ingiusto altrui, laddove la norma specifica che la condotta conseguente debba avvenire "subito dopo di esso"; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 666; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 377. Si ritiene che il vizio parziale di mente sia compatibile anche con la provocazione ed in giurisprudenza si afferma che anche l'atteggiamento della provocazione è incompatibile con la diminuzione del vizio parziale di mente nei casi in cui c'è una sostanziale coincidenza tra lo stato d'ira e l'infermità mentale, oppure quando quest'ultima abbia avuto incidenza preponderante sullo stato d'ira; GAROFOLI R., *Manuale*, cit., 484. Si è

Ancora, in merito alle aggravanti, la giurisprudenza ritiene che non vi sia incompatibilità tra il vizio parziale di mente e la circostanza aggravante di cui all'art. 61.1 c.p. relativo ai **motivi abietti e futili**, in quanto questi non costituiscono in sé una costante e diretta estrinsecazione dell'infermità per la quale la capacità d'intendere e di volere può risultare grandemente scemata<sup>161</sup>.

---

riconosciuta la compatibilità del vizio parziale di mente con lo stato d'ira di cui all'art. 62.2 c.p. e con la provocazione. Infatti, anche il soggetto seminfermo può sentire l'ingiustizia dell'altrui comportamento e, mosso dall'ira, agire di conseguenza. Diversamente dovrà concludersi ove risulti che lo stato d'ira sia l'effetto, più che di fatti provocatori, della stessa malattia di cui il soggetto soffre; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 359; Cass. pen., sez. I, 10 Novembre 1984, Monti, in *Giust. pen.*, 1985, 618. Infatti, anche il seminfermo può percepire l'ingiustizia dell'altrui comportamento e, mosso dall'ira, agire di conseguenza; Cass. pen. 10 Dicembre 1971, in *Cass. pen.*, 1973, 199. Diversamente, però, dovrà concludersi qualora lo stato d'ira sia l'effetto, più che di fatti provocatori, della stessa malattia mentale di cui il soggetto soffre.

<sup>161</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., in *Trattato*, cit., 378; GAROFOLI R., *Manuale*, cit., 484; LECCESE M., in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, cit., sub art. 89 c.p., 21; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 359; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 776. "Anche la più recente giurisprudenza propende per la compatibilità del vizio parziale di mente con la circostanza aggravante dei motivi abietti o futili, nessun rilievo attribuendo al fatto che l'aggravante in discorso possa venir reputata attinente alla sfera morale del soggetto, piuttosto che alla sua sfera intellettuale e volitiva" in questo senso Cass. 15 Maggio 1967, in *Cass. pen. mass.*, 1968, 406; VITELLI S., *Sui complessi rapporti tra motivi abietti o futili e vizio parziale di mente*, in *Sist. pen.*, 2019, 79, 81, 85 e 87. La circostanza aggravante dei motivi abietti o futili (art. 61.1 c.p.) ricomprende rispettivamente sia il motivo ignobile, spregevole, ripugnante e quello del tutto sproporzionato al fatto di reato commesso tanto da risultare più che una causa psichica di questo, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale. In entrambe queste ipotesi (motivo abietto o futile) risulta, perciò, giustificato un giudizio di maggiore riprovevolezza dell'azione e di più accentuata pericolosità dell'agente. Con riferimento a tale circostanza, assume rilevanza la questione se una accertata condizione di patologia psichica che altera il corretto processo di rappresentazione e/o di autodeterminazione da parte del soggetto agente può incidere sulla riconoscibilità in concreto dell'aggravante dei motivi abietti o futili. "Lo sfondo nel quale si colloca la compatibilità fra le due circostanze da valutarsi in concreto è caratterizzato proprio dalla necessità di una risposta sanzionatoria individualizzata coerente con un giudizio normativo di colpevolezza: l'accertata significativa sofferenza psichica causalmente collegata con il fatto di reato non può, infatti, non avere un valore "attenuante" nella misura in cui la condizione patologica ha inciso significativamente sulla capacità d'intendere o di volere del soggetto agente". Questa aggravante dovrà essere identificata con certezza e senza ambiguità, poiché in assenza di un accertamento chiaro e congruo della causa che ha innescato l'agire violento non è possibile comprendere se la stessa sia diretta estrinsecazione dell'infermità o abbia avuto una sua autonomia nel processo di svolgimento del fatto-reato.

### 3. Gli stati emotivi e passionali

*“Gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità”* (art. 90 c.p.).

Questa disposizione sancisce che i fattori che non attengono alla sfera intellettuale o volitiva del soggetto, ma a quella sentimentale o affettiva, sono completamente estranei al concetto di imputabilità<sup>162</sup>. Il senso di questa disposizione si rinviene in primo luogo, nella concezione del vizio di mente coeva all'architettura originaria del codice penale. Infatti, il legislatore del 1930 era influenzato dalla rappresentazione della medicina come scienza naturale, meccanicistica ed organicista<sup>163</sup>. In secondo luogo, l'art. 90 c.p. era stato introdotto con il fine di non dichiarare incapace di intendere e di volere ogni autore di delitto “impulsivo”, in un'ottica general-preventiva<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 354. L'irrilevanza degli stati emotivi e passionali sull'imputabilità viene esclusa in quanto coerente con il contenuto dell'imputabilità. Infatti, quest'ultima è costituita dalla capacità di intendere e di volere, e l'art. 85 c.p. si propone di precisare l'estraneità dei fattori che non riguardano la sfera intellettuale e volitiva del soggetto, ma quella sentimentale ed affettiva, data da umori ed emozioni, cioè il c.d. terzo settore della psiche.

<sup>163</sup> MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata*, cit., 8. All'epoca, la scienza medico-psichiatrica era intesa come scienza del corpo umano, e le infermità mentali come delle vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi un substrato organico o biologico. Quindi, nel subordinare lo stato mentale della capacità d'intendere e di volere, cioè il vizio di mente, ad un'infermità, il legislatore aveva voluto riferirsi esclusivamente ad una condizione del soggetto che avesse un'evidenza e sostanziosità clinicamente accertabile in base alla concezione medico-organicistica, che al tempo era diffusa, con l'esclusione di qualsiasi altro stato mentale che al tempo non era classificato come patologico; GAROFOLI R., *Manuale*, cit., 484. Si tratta di una disposizione molto rigorosa che, la si deve leggere tenendo in considerazione il concetto di infermità inteso come malattia mentale in senso stretto accolto dal legislatore del 1930; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 356. L'art. 90 c.p. riflette la concezione, dominante al momento dell'emanazione del codice, dell'equivalenza tra “infermità” escludente l'imputabilità e “malattia mentale”.

<sup>164</sup> PAGLIARO A., *Principi*, cit., 645. La irrilevanza degli stati emotivi o passionali al fine di escludere o diminuire l'imputabilità è dettata dall'esigenza di evitare che per giustificare gli atti delittuosi, si faccia valere una qualsiasi emozione o passione, anche se moralmente e socialmente spregevole; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 356. Una disposizione così rigorosa si spiega con la preoccupazione politico-criminale di evitare di dichiarare incapace di intendere e di volere ogni autore di delitto “impulsivo”.

Ed in terzo luogo, l'intento del legislatore era di tipo prettamente pedagogico, considerando che, con l'esclusione della rilevanza degli stati emotivi e passionali in materia di imputabilità, si richiede che l'uomo, anche se in preda a turbe emotive e passionali, non ceda agli impulsi che sovvertono il vivere civile ed eserciti il massimo controllo sulla propria sfera affettiva<sup>165</sup>.

Sostenere che gli stati emotivi e passionali non escludono, né diminuiscono l'imputabilità, equivale a dire che non influiscono per niente sulla rimproverabilità del fatto al suo autore e, quindi, sulla colpevolezza<sup>166</sup>.

Ora, è necessario precisare che cosa s'intende per "stato emotivo" e "stato passionale".

Con il termine *emozione* s'intende l'intenso turbamento affettivo, di breve durata e generalmente di inizio improvviso, provocato come reazione a determinati avvenimenti e che finisce con il predominare sulle altre attività psichiche (ira, gioia, paura, spavento, afflizione,

---

<sup>165</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353; GAROFOLI R., *Manuale*, cit. 484. Tale disposizione è stata introdotta tenendo in considerazione non soltanto il concetto di infermità, inteso come malattia mentale in senso stretto, ma anche la volontà di stimolare in ciascuno la capacità di governare i propri impulsi emotivi; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 666. "L'art. 90 c.p. fu introdotto con una precisa e non trascurabile *funzione pedagogica*: per stimolare cioè il dominio della volontà sulle proprie emozioni e passioni"; MAGRO M.B., *La mente sana e la mente malata*, cit., 6-7. Premettendo che il sistema penale positivizza, con finalità precettive-pedagogiche, un modello di agente razionale perfettamente in grado di maneggiare il suo sistema cognitivo riflessivo, intenzionale, deliberativo, che non soltanto può, ma anche deve stimolare il dominio della volontà cosciente sulle emozioni più travolgenti e basiche, deve estromettere istinti e tendenze dal suo processo motivazionale e decisionale, il legislatore del 1930, aderendo a questa concezione razionalistica-normativa dell'essere umano, ha introdotto la norma di sbarramento di cui all'art. 90 c.p.

<sup>166</sup> BERTOLINO M., *Fughe in avanti*, cit., 857-858. L'art. 90 c.p. in tema di stati emotivi e passionali rappresenta un grave sganciamento dal principio di colpevolezza, perché esso manifesta un disinteresse per la componente affettiva della personalità, mentre secondo le moderne acquisizioni delle scienze psicopatologiche e in particolare di quelle comportamentali, sia le emozioni che gli affetti, svolgono un ruolo molto importante nel processo di formazione della volontà. La disposizione di cui all'art. 90 c.p. sarebbe priva di una fondata base empirica e motivata invece, da mere considerazioni di prevenzione generale e per questo motivo, in contrasto con il principio di colpevolezza.

sorpresa, vergogna, piacere erotico, ecc.), mentre la *passione* allude ad uno stato affettivo violento e più duraturo, che tende a predominare sull'attività psichica in maniera invadente o esclusiva, in modo da comportare alterazioni della condotta che può divenire del tutto irrazionale per difetto di controllo (certe forme di amore sessuale, di odio, di gelosia, di cupidigia, di entusiasmo, di ideologizzazione)<sup>167</sup>.

Attualmente, la categorica disposizione di cui all'art. 90 c.p. deve essere coordinata, in base alle acquisizioni della psicopatologia, con gli artt. 88 e 89 c.p., distinguendosi tra:

- gli stati emotivi e passionali da intendersi come tali, cioè non costituenti la manifestazione di uno stato patologico, i quali, nonostante il loro interferire con la capacità di intendere e di volere, non sono riconducibili all' "infermità" e, quindi, non incidono *ex art. 90 c.p.* sull'imputabilità, non escludendola né grandemente scemandola<sup>168</sup>. Tuttavia, essi potrebbero incidere sull'imputabilità soltanto nel senso di attenuare il rimprovero di colpevolezza e dar luogo a circostanze attenuanti.
- gli stati emotivi e passionali che costituiscono la manifestazione di uno *stato patologico*, i quali sono come tali riconducibili all'

---

<sup>167</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 667; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 380. "Gli stati emotivi hanno natura transitoria e si connotano come perturbamenti improvvisi della mente, gli stati passionali hanno carattere durevole e radici più profonde"; MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 167. Nell'art. 90 c.p. si parla di emozioni e passioni. Le prime sono degli stati affettivi di breve durata che sorgono improvvisamente e legati ad avvenimenti ben precisi (paura, ira, gioia, afflizione, sorpresa, sensazione di essere minacciati, pulsione all'aggressione o alla fuga, vergogna, piacere erotico), mentre le seconde, sono condizioni di lunga durata e che non si configurano come reazioni subitanee nei confronti di un evento (gelosia, amore, odio, cupidigia, fanatismo ideologico).

<sup>168</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 668. Ciò sia perché rientrano nell'ambito delle comuni attività mentali e si possono verificare in ogni persona sana, la quale viene considerata idonea a controllare la propria affettività, sia perché sennò ogni delitto impulsivo, per esempio, una gelosia momentanea, diventerebbe non punibile.

“infermità” e, quindi, escludono o diminuiscono l'imputabilità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p.<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 668. Sarà quindi “importante distinguere, in sede giudiziaria, quegli stati che solo apparentemente sono emotivi e passionali, ma che in realtà riflettono una vera e propria infermità di mente (es.: uno stato delirante ad impronta paranoica, ossessiva, allucinatoria ecc.)”; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 381. “Il legislatore tramite il rigore normativo con cui esclude che le passioni violente possano ridurre la capacità di intendere e di volere del soggetto intende precisare che queste alterazioni dell'affettività (gelosia, ira, paura, vergogna, gioia) possono incidere sull'imputabilità solo quando abbiano carattere patologico, ovvero siano la manifestazione di un vero e proprio squilibrio mentale”. Inoltre, deve sussistere un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, in altre parole, il fatto di reato deve essere causalmente determinato dal disturbo mentale; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 374. “L'orientamento prevalente è nel senso di escludere rilevanza, ai fini del giudizio di imputabilità, a stati emotivi o passionali di per sé considerati, cioè quando non siano la manifestazione esterna di un vero e proprio *squilibrio mentale*, anche transitorio, ma di carattere patologico, tale cioè da integrare gli estremi dell'infermità mentale di cui agli artt. 88 e 89”; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 458-459. “La dottrina e la giurisprudenza secondo una linea indicata dalle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 21 Gennaio 2005, Raso), hanno però apposto un limite, in via interpretativa, alla normale irrilevanza degli stati emotivi o passionali: gli stati emotivi o passionali incideranno sull'imputabilità, escludendola o diminuendola, quando siano la manifestazione esterna di un vero e proprio squilibrio mentale, anche transitorio, che abbia carattere patologico in forma tale da integrare un vizio totale o parziale di mente”. È questo il caso, per esempio, di una gelosia morbosa, quando dà vita ad un vero e proprio stato delirante; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 470; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 778. In base alla disposizione di cui all'art. 90 c.p., gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità, “a meno che quelle emozioni e passioni null'altro siano che manifestazione di uno stato patologico, sintomo cioè di una sottostante infermità: nel qual caso, per opinione comunemente ricevuta, nulla si opporrebbe all'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p.” In relazione a tale considerazione, l'autore riporta due sentenze significative: (Cass. 7 Marzo 1966, in *Cass. pen. mass.*, 1967, 389), tale sentenza dispone che “la gelosia, come stato passionale, non esclude né diminuisce l'imputabilità del soggetto, quando non provochi disordini nelle funzioni della mente e perturbazioni in quelle della volontà, in guisa da assurgere a forma psico-patologica morbosa, diagnosticabile e riconducibile alla previsione degli artt. 88 e 89 c.p.”; (Cass. 22 Marzo 1967, in *Cass. pen. mass.*, 1968, 727), la sentenza prevede che “la paura è incompatibile con la libera scelta e con l'integrità mentale del reo; essa, tuttavia, se non dilatata in una dimensione morbosa dell'infermità o seminfermità psichica, costituisce niente altro che un semplice stato emotivo, che non menoma l'imputabilità dell'agente”; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 634; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 232; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1861; NUVOLONE P., *Corso di diritto penale, parte generale*, Milano, 1969, 199 e 207. “Per quanto riguarda poi in particolare gli “stati emotivi o passionali”, alcuni autori, sottolineando il valore puramente programmatico dell'art. 90, distinguono fra emozioni o passioni a sfondo normale e a sfondo morboso, per giungere alla conclusione che solo nella seconda ipotesi non troverebbe applicazione l'art. 90. Si tratterebbe infatti di un caso di infermità di mente totale o parziale manifestatesi attraverso l'emozione”. Sempre Nuvolone afferma che il contenuto dell'art. 90 c.p. “non ha una vera giustificazione scientifica... ma si pone come regola giuridica suggerita esclusivamente da considerazioni di politica criminale”. Infatti, anche le emozioni o le passioni a volte sarebbero di tale entità da compromettere o annientare totalmente la capacità d'intendere o di volere (per esempio un delirio di gelosia), ma in questo caso la prescrizione di cui all'art. 90 c.p. è inoperante, poiché lo stato emotivo o passionale dovrebbe essere valutato non in sé, ma

Tuttavia, alla luce degli sviluppi delle scienze psicopatologiche, è stata prospettata un'interpretazione dell'art. 90 che consente di riconoscere rilievo, ai fini dell'imputabilità, a situazioni di profondo perturbamento della coscienza, indipendentemente dall'origine patologica di esse, come per esempio nel caso delle c.d. reazioni a corto circuito<sup>170</sup>.

---

quale causa di una condizione patologica transeunte, che è rilevante indipendentemente dalla causa che l'ha determinata, quale entità effettuale autonoma; VANNINI O., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Firenze, 1954, 101. L'autore accetta il principio di cui all'art. 90 c.p., tuttavia, non esclude che uno stato emotivo o passionale possa essere la causa dell'infermità mentale, anziché una sua semplice manifestazione. Vannini distingue gli stati che possono definirsi normali, in quanto connotano emotivamente una condotta, e gli stati che alterano il funzionamento della psiche, impedendo al soggetto una libera valutazione dei motivi e gli precludono quindi, una libera scelta. Soltanto in quest'ultimo caso, il soggetto dovrebbe essere dichiarato non imputabile, perché si troverebbe in uno stato di alterazione mentale, produttiva di un motivo criminoso irresistibile, che rientra nell'ipotesi di cui all'art. 85 c.p.; BERTOLINO M., *La crisi*, cit., 209.

<sup>170</sup> PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 374; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 356-357. Gli autori evidenziano come l'esclusione a priori della loro possibilità di incidere sull'imputabilità non si giustificerebbe, perché in alcuni casi gli stati emotivi e passionali, innestati su personalità deboli, sarebbero idonei ad escludere la capacità di intendere e di volere. "La rilevanza scusante degli stati emotivi e passionali può essere ammessa soltanto in presenza di due condizioni essenziali: a) che lo stato di coinvolgimento emozionale si manifesti in una personalità per altro verso già debole; b) che lo stato emotivo o passionale assuma, per particolari caratteristiche, significato e valore di infermità, sia pure transitoria (ad. esempio: squassi emotivi, reazioni da panico, reazioni esplosive, reazioni a corto circuito, discontrolli episodici, *raptus*, ecc.); RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 354. Parte della dottrina sembra aderire al paradigma psicologico e, in tale prospettiva, si affermano due categorie di eccezioni all'art. 90 c.p. La prima ipotesi riguarda gli stati di coinvolgimento emotivo che vengono riscontrati in una personalità già debole o inferma, ci si riferisce alle emozioni e passioni non normali che si manifestano in soggetti i quali presentano sindromi di rilevanza psichiatrica o neurologica. Invece, la seconda categoria, comprende quegli stati di particolare intensità emotiva che, per le loro caratteristiche, assumono significato e valore d'infermità, sia pure transitoria, in soggetti abitualmente sani di mente, in cui non si riscontrano stati patologici di base. Quindi, ciò che rileverebbe sono gli effetti degli stati emotivi e passionali che, invece, non vengono presi in considerazione dal paradigma medico, e l'intensità degli stati medesimi, che in alcuni casi potrebbe essere tale da far sorgere, sia pure episodicamente, una compromissione della coscienza la quale, ancorché non definibile secondo precise categorie cliniche, assume, per particolari caratteristiche, significato di malattia. Tale orientamento non è stato accolto, in quanto si ritiene che vi sarebbe un eccessivo ampliamento del concetto di infermità che comprenderebbe le disfunzioni riconducibili alla presenza del solo stato emotivo o passionale. Non è stato accolto dalla giurisprudenza prevalente che tende ancora a ricondurre la malattia mentale o l'infermità all'interno di un'alterazione patologica clinicamente accertabile, che corrisponde al quadro tipico di una determinata malattia; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 458. La norma di cui all'art. 90 c.p. potrebbe costituire un ostacolo al riconoscimento di stati transitori di mancanza dell'imputabilità, relativi ad ipotesi in cui una condizione emotiva, per esempio il panico, in relazione alla personalità del soggetto e/o alla sua intensità, può assumere le caratteristiche e la valenza di una vera e propria infermità, rientrando nell'ambito dell'art. 88 c.p.

Ma ciò, è stato smentito dalla Suprema Corte, la quale precisa che affinché una *reazione a corto circuito* costituisca la manifestazione di una vera e propria malattia che comprometta la capacità di intendere e di volere del soggetto, è necessario che essa s'inquadri in una preesistente alterazione patologica che comporta infermità o seminfermità mentale. Quando invece, la reazione a corto circuito si ricollegi a semplici manifestazioni di tipo nevrotico o ad alterazioni comportamentali prive di substrato organico, essa si configura come situazione di turbamento psichico transitorio, che si qualifica come stato emotivo o passionale, tale da non escludere né diminuire l'imputabilità ai sensi dell'art. 90 c.p.<sup>171</sup>.

---

<sup>171</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 381; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 355. Nell'ambito degli stati emotivi e passionali rientrano anche le c.d. reazioni a corto circuito, cioè quelle condizioni a carattere transitorio, a causa delle quali un soggetto, nel compiere un'azione in risposta ad un fattore motivante, cioè uno stimolo, pur avendone la possibilità, non valuta le relative conseguenze né tutti i contro motivi. L'autore considera che nella maggior parte delle sentenze della Corte di Cassazione in tema di imputabilità, si sancisce l'inidoneità delle reazioni a corto circuito ad escludere la capacità di intendere e di volere, quando non sono il risultato di uno stato patologico, in quanto sono legate a condizioni di turbamento psichico transitorio non dipendente da causa patologica, ma emotiva o passionale. Quindi, quando una reazione a corto circuito si ricollega a semplici manifestazioni di tipo nevrotico o ad alterazioni comportamentali prive di substrato organico, essa è catalogabile come stato emotivo o passionale, tale da non escludere l'imputabilità del soggetto ai sensi dell'art. 90 c.p. Pertanto, affinché una reazione a corto circuito costituisca la manifestazione di una vera e propria malattia che comprometta la capacità di intendere e di volere, è necessario che essa s'inquadri in una preesistente alterazione patologica che comporta l'infermità o la seminfermità; PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 470-471. L'ambito rispetto al quale si muovono critiche al principio di cui all'art. 90 c.p. è quello delle c.d. reazioni a corto circuito, cioè quei fenomeni psichici che, anche se hanno natura transitoria, escludono, sulla base di un profondo ed incontenibile turbamento emotivo, la capacità di intendere e di volere. La giurisprudenza tende ad escludere rilevanza a qualsiasi reazione emotiva, se non ha prodotto uno squilibrio mentale, o se non è la conseguenza di una vera e propria patologia; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1861. "Le reazioni a corto circuito in determinate situazioni, possono costituire manifestazioni di una vera e propria malattia che compromette la capacità di intendere e di volere, incidendo soprattutto sull'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, con possibilità di optare per la condotta adatta al motivo più ragionevole e di resistere, quindi, agli stimoli degli avvenimenti esterni. Si esclude rilievo a tali reazioni a corto circuito quando esse si colleghino a semplici manifestazioni di tipo nevrotico o ad alterazioni comportamentali prive di substrato organico, richiedendosi, perché rilievo possano assumere, che esse si inquadri in una preesistente alterazione patologica comportante infermità o seminfermità mentale".

Inoltre, non assumono rilevanza ai fini dell'imputabilità anche le *anomalie caratteriali* che non si traducono in disturbi mentali che hanno consistenza, intensità, rilevanza e gravità tali da incidere in concreto sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agente. È poi necessario che tra il disturbo mentale e il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo casualmente determinato dal primo<sup>172</sup>.

Come già precedentemente accennato, se gli stati emotivi o passionali intesi come tali, non possono incidere sull'imputabilità, escludendola o diminuendola, ai sensi del disposto di cui all'art. 90 c.p., possono però rilevare come circostanze attenuanti al fine di diminuire la pena, quindi sono in grado di influire sulla misura della responsabilità penale del soggetto che ha agito. Si pensi alle ipotesi dei numeri 2 e 3 di cui all'art. 62 c.p., di cui la seconda prevede la circostanza attenuante dell'aver agito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, mentre la terza ipotesi prevede la circostanza attenuante per l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratti di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall'Autorità e il colpevole non sia delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza; poi ancora, nella commisurazione della pena, il giudice dovrà tenere in considerazione i motivi a delinquere e il carattere del reo<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 381; Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1861. Le anomalie del carattere e le c.d. personalità psicopatiche determinano un'infermità di mente soltanto nel caso in cui, per la loro gravità, cagionano un vero e proprio stato patologico, uno squilibrio mentale.

<sup>173</sup> GALLO M., *Appunti*, cit., 74 e 78. L'art. 90 c.p. non dà luogo ad incertezze interpretative, poiché dispone chiaramente, che gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità. Si riconosce però, che in determinate situazioni questi stati possono rappresentare il nucleo essenziale, la ragion d'essere di circostanze attenuanti. La punibilità non è quindi esclusa, ma diminuita. Così, le ipotesi dei numeri 2 e 3 di cui all'art. 62 c.p.: la seconda ipotesi prevede la circostanza attenuante dell'aver agito in stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, mentre

Detto ciò quindi, “l’art. 90 c.p. vuole infatti indicare soltanto che un’emozione o una passione non incide sempre sulla facoltà di autodeterminazione dell’uomo e sulla sua intelligenza, vale a dire sulla capacità di intendere e di volere, ma non impedisce di dar rilievo ad un significato che per la forza psicologica di questi stati d’animo possa incidere sul disvalore dell’azione determinando una diminuzione della pena”<sup>174</sup>.

---

la terza ipotesi prevede la circostanza attenuante per l’aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratti di riunioni o assembramenti vietati dalla legge o dall’Autorità e il colpevole non sia delinquente o contravventore abituale o professionale o delinquente per tendenza; ESPOSITO G., *La “tempesta emotiva” e la sua rilevanza giudiziaria. Riflessioni a margine di una sentenza.*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2019, 6. Il codice penale anche se nega alle emozioni e alle passioni ogni rilevanza sull’imputabilità del reo, tuttavia le prende in considerazione in taluni casi: per esempio quando, prevede l’attenuante di aver agito in uno stato d’ira determinato dal fatto ingiusto altrui (provocazione art. 62 n. 2 c.p.), l’attenuante di aver agito sotto la suggestione di una folla in tumulto (art. 62 n. 3 c.p.) e quando, nella commisurazione della pena, attribuisce rilevanza ai motivi a delinquere e al carattere del reo (art. 133 c.p.). Quindi, se per dettato normativo, gli stati emotivi e passionali non incidono nella valutazione dell’imputabilità, tuttavia dottrina e giurisprudenza sono concordi nell’affermare la loro rilevanza nella commisurazione discrezionale della pena. Dunque, gli stati emotivi e passionali non possono sfuggire alla valutazione del giudice, poiché sono elementi della vicenda criminosa in grado di offrire allo stesso un’ampia comprensione del fatto-reato e in grado di influire sulla misura della responsabilità penale; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 353. “L’art. 90 c.p. esclude perentoriamente la rilevanza degli stati emotivi e passionali in materia di imputabilità. Essi potranno al massimo dar luogo a circostanze attenuanti, quali quelle dell’art. 62 n. 2 e 3 (provocazione e suggestione di folla in tumulto), o alle generiche, purchè non si tratti di emozioni o passioni moralmente e socialmente spregevoli”; ANTOLISEI F., *Manuale*, cit., 634; CRESPI A., *Imputabilità*, cit., 778. Gli stati emotivi o passionali possono dar luogo, secondo i casi, a circostanze attenuanti come la provocazione (art. 62 n. 2 c.p.) o l’aver agito per suggestione di folla in tumulto (art. 62 n. 3 c.p.); PAGLIARO A., *Principi*, cit., 645. L’autore ritiene che l’irrelevanza degli stati emotivi e passionali al fine di escludere o diminuire l’imputabilità è dettata dall’esigenza di evitare che per giustificare gli atti delittuosi, si faccia valere una qualsiasi emozione o passione. Quindi, per evitare ciò, il legislatore ha preferito indicare di volta in volta alcuni stati emotivi e passionali, che comportano un’attenuazione della pena (per esempio, appunto, lo stato d’ira determinato da fatto ingiusto altrui (art. 62 n. 2 c.p.) e la suggestione di una folla in tumulto (art. 62 n. 3 c.p.).

<sup>174</sup> MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 164.

### **3.1. Il contributo delle neuroscienze e lo “*stato di grave turbamento*” nel caso di eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare**

Infine, ci si è chiesti, se è corretto, come peraltro ancora oggi sostiene il codice penale, escludere ogni indagine sulla personalità dell'imputato e privare gli stati emotivi e passionali di rilevanza ai fini del giudizio di imputabilità, poiché grazie alle neuroscienze e alle tecniche utilizzate per l'esplorazione cerebrale è emerso che il sistema nervoso ha un'importanza determinante nel plasmare le emozioni<sup>175</sup>. Quindi, la propensione sarebbe quella di valorizzare le componenti emotive che

---

<sup>175</sup> FORNARI L., SABATINI U., CORPOSANTO C., CERASA A., *Neuroscienze e diritto: un approccio multidisciplinare*, in *DPU*, 2020, 33. “ E se la struttura e il modo di funzionamento del sistema nervoso hanno un'importanza determinante nel plasmare anche il mondo delle emozioni, e se queste non sono estranee alla stessa elaborazione di giudizi di valore, ha senso – per esempio – precludere, come fa oggi il codice di procedura penale, ogni indagine sul carattere e sulla personalità dell'imputato e privare, come fa ancora oggi il codice penale, gli stati emotivi e passionali di ogni rilievo ai fini del giudizio di imputabilità?”; AMATO G., *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 672-675, 680. L'autrice parte dal presupposto che il concetto di emozione non assume rilevanza sul piano della norma penale. Però, dottrina e giurisprudenza, tendono a riconoscergli un ruolo sul piano della non imputabilità. Ed infatti, questo orizzonte applicativo è destinato ad arricchirsi dei più recenti approdi della ricerca scientifica sulle emozioni. Questa, valorizzandone la componente cognitiva e di stimolo all'azione, sembrerebbe aprire la strada ad una re-interpretazione del ruolo del fattore emotivo nell'ambito del diritto penale. Il fondamento del duplice effetto di rafforzamento ed estensione dell'inimputabilità da irrazionalità emotiva risiede nella scoperta e valorizzazione della dimensione cognitiva delle emozioni. Una dimensione che la comunità scientifica considera indispensabile nella e per la produzione del dato emozionale. Parlare di emozione oggi, significa, riferirsi ad un costrutto multi-componenziale, che correla l'aspetto più strettamente affettivo con l'elaborazione cognitiva. Infatti, nell'emozione si accompagnano, la reazione neurofisiologica, l'espressione motoria, vocale, facciale, gestuale, il sentimento soggettivo, la tendenza all'azione e la componente della valutazione cognitiva. Psicologia cognitiva e neuroscienze hanno condotto alla rivisitazione della relazione tra mente e corpo difendendo l'idea che esiste un livello di “normalità” delle emozioni. In questo senso, le emozioni non sono più ridotte all'espressione di un sistema non cognitivo ed a un fattore d'irrazionalità, per essere ripensate come “radici” e “criteri” che riguardano interi ambiti di esperienza e di comportamento. L'autrice conclude che le emozioni sono in grado di incidere sull'imputabilità, sul suo profilo cognitivo, adulterando la spinta volitiva del soggetto che ha agito e la sua scelta tra opzioni alternative. “Il comportamento marchiato dall'irrazionalità emotiva non dovrebbe essere rimproverabile, secondo i canoni della concezione normativa della colpevolezza. Il fatto in cui l'elemento emotivo ha alterato la possibile cognizione del disvalore del comportamento non è dunque reato, perché al dolo e alla colpa non può aggiungersi anche la rimproverabilità dovuta alla matura e responsabile percezione della sfera dannosa o pericolosa connessa alla condotta. L'autore di un fatto plasmato dalla irrazionalità emotiva nella sua atipica immaturità potrebbe rilevare, dunque, un'incapacità di intendere e di volere”.

incidono sulla condotta e la sfera emozionale-affettiva dell'agente, orientandosi anche verso il superamento dell'efficacia preclusiva dell'art. 90 c.p. Difatti, il legislatore ha recentemente iniziato un percorso introducendo con la legge 26.4.2019 n. 36 al comma secondo dell'art. 55 c.p., l'elemento di non punibilità a favore del soggetto aggredito che sia in uno "*stato di grave turbamento*" nel caso di eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare. Tale novità è stata introdotta perché non si è voluto negare la peculiarità della situazione, caratterizzata dai presupposti congiunti della violazione del domicilio e della necessità di salvaguardare la propria o l'altrui incolumità, da cui derivi una condizione di minorata difesa o di "*grave turbamento emotivo*". In altre parole, il legislatore ha voluto garantire una specie di immunità alla vittima di un'aggressione nel proprio domicilio, ritenendo le istanze della colpevolezza meritevoli di maggiore tutela rispetto all'interesse a punire eventuali fattispecie di reato poste in essere dallo stesso aggredito.

Dunque, la nuova introduzione si concentra sulla rilevanza conferita al "*grave turbamento emotivo*" di un soggetto che presenta delle caratteristiche peculiari in quanto, da un lato, risulta essere sia vittima che autore di reato, dall'altro, nel processo di immedesimazione collettiva, finisce per essere percepito esclusivamente come la vittima. Affinchè possa operare il secondo comma dell'art. 55 c.p., è necessario che il turbamento sia la conseguenza della situazione di pericolo per la propria o altrui incolumità ed il fattore causale che ha determinato l'eccesso di difesa.

Oltre a questi due presupposti, ci sono altri tre aspetti da considerare: la definizione di "*turbamento emotivo*"; la sua oggettiva gravità; le modalità del suo accertamento.

Con riferimento al primo aspetto, nel concetto di “turbamento emotivo” rientrano tutte quelle situazioni che determinano un’ apprezzabile e tangibile destabilizzazione della serenità e dell’ equilibrio psicologico della vittima.

Poi, in merito al secondo profilo, è necessario che tale turbamento sia grave.

Infine, per quanto riguarda le modalità del suo accertamento, si ritiene sufficiente che sia il giudice a valutare in autonomia il turbamento emotivo, senza ricorrere a parametri scientifici. Ovvio che, il giudice dovrà accertare il “*grave turbamento emotivo*” in relazione al caso concreto, altrimenti vi è il rischio che ogni soggetto che ha ecceduto i limiti della scriminante dichiarerà di aver agito in tale stato<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 382; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 459. La legge 26 Aprile 2019, n. 36, introducendo un secondo comma all’art. 55 c.p., ha dato rilevanza, quale scusante, a situazioni di grave turbamento psichico per escludere la responsabilità di chi ecceda per colpa i limiti della legittima difesa nel domicilio; ROIATI A., *Il grave turbamento emotivo e l’inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 2020, 13-22. La legge 26 Aprile 2019, n. 36, recante “*Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa*” assume rilevanza nel momento in cui ridisegna il punto di equilibrio del requisito della proporzione e, con esso, della tutela dei diritti dei soggetti coinvolti. In questo senso, il nuovo secondo comma dell’art. 55 c.p. prevede una scusante di un fatto tipico, che è stato commesso travalicando colposamente i limiti di una causa di giustificazione, ma non punibile per le caratteristiche peculiari del contesto in cui opera l’agente. L’art. 55.2 c.p. prevede una previsione *ad hoc* con riferimento ai casi di eccesso colposo di legittima difesa all’interno del domicilio, quindi la novella legislativa è volta ad ampliare l’ambito delle fattispecie che escludono la punibilità colposa, quando chi ha commesso il fatto, al fine di salvaguardare la propria o l’altrui incolumità, abbia agito in particolari condizioni determinate dall’introduzione dell’aggressore nel proprio domicilio. Ovviamente, il legislatore ha previsto che affinché non vi sia la punibilità per eccesso colposo, debba sussistere un duplice nesso causale: il turbamento deve essere la conseguenza della situazione di pericolo per la propria o altrui incolumità e il fattore causale che determina l’eccesso di difesa. Ma, fermo restando questo duplice presupposto, è necessario definire almeno tre ulteriori aspetti che sollevano delicate questioni, sia in termini di sufficiente determinatezza, sia in termini di possibilità di adeguata valutazione processuale: 1) la definizione del concetto di turbamento emotivo; 2) la considerazione della sua oggettiva gravità; 3) la modalità del suo accertamento in concreto. In merito al primo aspetto, nel concetto di “*turbamento emotivo*” possono rientrare tutte quelle situazioni che denotano un’ apprezzabile e tangibile destabilizzazione della serenità e dell’ equilibrio psicologico della vittima, che può evincersi da elementi sintomatici ricavabili dalla dichiarazione della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall’agente e anche da quest’ultima, considerando la sua astratta idoneità a causare l’evento, e il suo profilo concreto con riferimento alle condizioni effettive di luogo e di tempi in cui è stata consumata. Inoltre, è

---

importante rilevare che, il grave turbamento psichico non deve dar luogo, neanche transitoriamente, ad un vero e proprio squilibrio mentale che renda il soggetto aggredito incapace di intendere e di volere, perché in questo modo, si esulerebbe dalla normale irrilevanza degli stati emotivi e passionali e la non punibilità deriverebbe dalla mancanza di imputabilità. Ancora, il *"turbamento emotivo"* è costituito da una condizione psicologica di timore, prostrazione e perdita di autocontrollo, che deriva dalla situazione di pericolo in cui si trova l'agente, che concorre sulla capacità di valutare correttamente la proporzione della reazione da porre in essere con l'impiego delle armi. Di fatto però, il concetto di *"turbamento emotivo"* è un concetto destinato a rimanere vago, che inevitabilmente trarrà più dall'oggettivo contesto dell'aggressione che dalla effettiva possibilità di ricostruire la sfera emotiva dell'aggredito al momento della condotta. In secondo luogo, il turbamento emotivo deve essere *grave*. La valutazione del turbamento emotivo dovrà esaurirsi nel perimetro ristretto segnato dalla necessità e dalla attualità del pericolo, quindi riferirsi ad un arco temporale circoscritto e fortemente determinato dalle contingenze esterne. Infine, con riferimento al piano probatorio, si tende a respingere la tesi secondo cui occorrerebbe accertare un vero e proprio stato patologico in riferimento agli stati emotivi, ritenendosi sufficiente riferirsi ad un disagio che può essere valutato autonomamente dal giudice, senza dover ricorrere a parametri scientifici. Chiaramente il giudice dovrà accertare il grave turbamento in relazione al caso concreto, poiché vi è il rischio che ogni soggetto che ha ecceduto i limiti della scriminante dichiarerà di aver agito in stato di turbamento.

#### 4. L'accertamento del vizio di mente

Come già noto, il giudizio sull'imputabilità, è strutturato su due livelli: un livello empirico ed uno normativo. In relazione al primo, l'esperto deve verificare la presenza o meno di un disturbo o di un'infermità nel soggetto imputato per poi presentare i risultati e il suo parere al giudice, il quale dovrà invece, decidere se il disturbo eventualmente accertato abbia in concreto influito sulla capacità di intendere e di volere al momento della commissione del fatto<sup>177</sup>. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, il livello normativo, successivamente alla fase della diagnosi con cui si è accertata l'esistenza del disturbo, si procede alla valutazione dell'infermità, la cui operazione si snoda in due passaggi: l'indagine circa l'intensità di manifestazione del disturbo e l'incidenza di quest'ultimo sull'*iter* generativo del reato, ricorrendo al procedimento logico di ipotesi contro il fatto, assumendo quindi, l'assenza dell'infermità onde inferire se il reato sarebbe stato ugualmente commesso. Pertanto, il giudizio sull'imputabilità si presenta complesso poiché non è sufficiente il sapere giuridico del giudice, ma è necessario anche il sapere scientifico di un esperto, di regola psichiatra o psicologo, chiamato a fornire un parere (la c.d.

---

<sup>177</sup> FIANDACA G., *Diritto penale*, cit., 349-350; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 360. La sentenza n. 9163/2005 argomenta che il concetto di imputabilità è contemporaneamente empirico e normativo, quindi costruito su due piani. L'autore riporta quanto detto da BERTOLINO M., *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 9163*, Raso, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7, 2005, 199 ss.: "E' dato innanzitutto alle scienze di individuare il compendio dei requisiti bio-psicologici che facciano ritenere che il soggetto sia in grado di comprendere e recepire il contenuto del messaggio normativo connesso alla previsione della sanzione punitiva" mentre spetta poi al legislatore fissare le "condizioni di rilevanza giuridica dei dati forniti dalle scienze empirico-sociali". In questo modo, rileva l'autore, vi è una stretta collaborazione tra il sapere scientifico da un lato, ed il giudice dall'altro, che di quel sapere deve essere fruitore.

perizia) personale che possa aiutare il giudice nella decisione finale<sup>178</sup>. Ed ai fini di un corretto giudizio, i due livelli del giudizio di imputabilità, quello diagnostico e quello valutativo, devono combinarsi in modo armonico senza cercare di prevalere sull'altro, come anche i ruoli dei soggetti preposti ad essi, non devono confondersi, ma integrarsi in modo reciproco.

La perizia trova il suo fondamento legislativo nell'art. 220 e ss. del codice di procedura penale ed è annoverata tra i mezzi di prova. Tale articolo al primo comma recita: *“la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche”*. Quindi, nella pratica, consiste in un parere richiesto ad un esperto di una determinata materia, la cui conoscenza specifica esula dal sapere richiesto al giudice. È un mero parere tecnico, *“poiché la scienza, tutta la scienza non solamente quella psichiatrica, non fornisce verità, ma conoscenza,*

---

<sup>178</sup> Tribunale di Como, 20 Maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 246 ss.; con nota di MESSINA G., *I nuovi orizzonti della prova neuro(scientifica) nel giudizio sull'imputabilità*, 251 ss. Il giudice non può fare a meno della perizia psichiatrica, visto e considerato che l'imputabilità di un soggetto può essere esclusa o grandemente scemata a cagione di un'infermità mentale che non può non essere diagnosticata da uno specialista psichiatrico; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 450. Per l'accertamento del vizio di mente è spesso necessaria una perizia psichiatrica, con la conseguenza che il metodo utilizzato dai periti influirà sulla maggiore o minore ampiezza del concetto di infermità ex artt. 88 e 89 c.p., che il giudice porrà alla base della sua decisione; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 373. Il contributo che il sapere scientifico può dare riguarda il primo livello del giudizio sull'imputabilità, cioè l'accertamento delle condizioni psichiche dell'imputato. Lo strumento necessario è la perizia psichiatrica; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 376-377. Al fine di accertare se, nel caso concreto, vi sia un vizio di mente, è necessaria una perizia psichiatrica. Questo accertamento peritale deve analizzare l'infermità di mente dell'imputato in relazione al fatto concreto ed al tempo in cui è stato commesso. Inoltre, la studiosa rileva che si è discusso circa l'incidenza di una diversa perizia psichiatrica eseguita in un altro procedimento, relativo ad un fatto diverso. *“Una precedente perizia non è mai vincolante nel giudizio successivo, nel quale la valutazione della capacità di intendere e di volere dell'imputato sia correttamente compiuta alla stregua di un accertamento peritale del tutto indipendente da quello eseguito in precedenza. Tuttavia, non si esclude che la perizia espletata in un altro procedimento possa costituire prova della mancanza di capacità di intendere e di volere, quando gli accertamenti peritali siano riferibili ad epoche corrispondenti e a fatti eziologicamente omogenei”*.

*comprensione dell'accaduto, spesso solo tentativi di comprensione*"<sup>179</sup>.

Ecco quindi, che il punto centrale diventa da subito il grado di affidabilità della scienza psicopatologica, in modo particolare con riguardo al suo utilizzo nell'ambito del diritto, ove le difficoltà si accrescono notevolmente. Infatti, il risultato della perizia varia in base a numerosi criteri: la qualifica professionale del perito, una visione più o meno ampia di infermità mentale, o l'insufficiente grado di scientificità dei risultati raggiunti con gli strumenti a disposizione degli esperti.

Il principale, ed apparentemente insuperabile, limite dell'accertamento peritale e, in generale, della scienza psichiatrica e psicologica, è la mancanza di un metodo scientifico che possa assicurare un accertamento se non certo, almeno altamente probabile, dell'infermità mentale. Infatti, la situazione è diventata sempre più complessa con l'avvento dei nuovi paradigmi di spiegazione della malattia mentale, privi di scientificità, che hanno disorientato il giudice, principalmente a causa della mancanza di riferimenti costanti nei pareri psichiatrici forniti<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> CARRIERI F. e CATANESI R., *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 29.

<sup>180</sup> CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 292 e 294. "La situazione metodologica della psichiatria rimane dunque *"fatalmente camaleontica"*; ogni paradigma è afflitto da limiti che ne impediscono una utilizzazione esclusiva nella spiegazione della malattia mentale". L'autore evidenzia come la psichiatria contemporanea rifiuta ogni prospettiva "unimodale" di spiegazione della malattia mentale e come, viceversa, prediliga il "pluralismo esplicativo", l'approccio multidisciplinare e "integrativo" delle diverse prospettive. Quindi, oggi nessun giudice dovrebbe ritenere affidabile una perizia psichiatrica realizzata da uno psicopatologo che segue esclusivamente un paradigma. Infatti, lo studioso dal momento in cui adotta un particolare paradigma, inevitabilmente decide a priori quale tipo di dati raccoglierà ed in che modo li interpreterà. Quindi, può accadere benissimo che lo studioso, nell'avanzare quella che sembra essere la spiegazione più probabile, in realtà ignori le altre possibilità e si lasci sfuggire informazioni importanti. Tra l'altro, i comportamenti patologici sono troppo diversificati per poter essere adeguatamente spiegati, o trattati, in base ad un solo paradigma di quelli oggi in uso.

A fronte dell'asciutaggine della psicopatologia, la comunità psichiatrica ha cercato di trovare delle tecniche diagnostiche, dei criteri, capaci di dare alla valutazione peritale un minimo di oggettivizzazione e di sicurezza nella classificazione e nella interpretazione dei disturbi mentali.

Il più famoso ed utilizzato sistema diagnostico è senza dubbio il DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*), il manuale internazionale di psicodiagnostica più diffuso ed accreditato dell'*American Psychiatric Association*. Il manuale fornisce non soltanto un paradigma unico in base al quale spiegare la malattia, ma anche un linguaggio comune che possa evitare fraintendimenti tra le diverse scuole di pensiero<sup>181</sup>. Con il DSM la scienza psichiatrica ha la possibilità di liberarsi delle numerose teorie che affollano, ma soprattutto, confondono il panorama scientifico odierno, optando invece, per un sistema ateoretico consistente nella semplice elencazione di una serie di sintomi e condotte sui quali basare le diagnosi, e che sono così riproducibili, controllabili e quindi comunicabili agli studiosi<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> BERTOLINO M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 550.

<sup>182</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 362. Nella pronuncia delle Sezioni Unite del 2005 si qualifica il DSM (Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali contenente i criteri diagnostici e la descrizione delle più comuni patologie mentali da un punto di vista sia fisico che comportamentale) come il più moderno e diffuso manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali. Tra l'altro, la dottrina psichiatrico-forense appare concorde che questo sia il sistema diagnostico più diffuso, e quindi, ad esso occorre riferirsi per la riconducibilità classificatoria del disturbo; MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata*, cit., 10. Il DSM è giunto nel 2013 alla quinta edizione, ed attualmente è noto come DSM-5. Questo manuale offre una classificazione sistematica e categoriale dei disturbi psichici servendosi di "disposizioni disposizionali", cioè di definizioni che si limitano a definire un determinato disturbo con riferimento ad un complesso di sintomi comportamentali, prescindendo dall'individuazione della sua eziologia. Per la sussistenza di un disturbo è necessario un numero minimo di sintomi tra quelli indicati nel DSM, ma le stesse caratteristiche possono essere riconducibili a malattie diverse; COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1195-1197. Un segno evidente della nuova prospettiva sul modello integrato dell'infermità mentale risulta l'abbandono, anche tra giuristi, del concetto di "malattia mentale", sostituito da quello di "disturbo mentale", che meglio si presta alla multiformità di rappresentazioni ed al quale

Tuttavia, proprio questa caratteristica, sul piano pratico-operativo, ne ha determinato una scarsa flessibilità ed utilità. La natura ateoretica e categoriale del DSM rappresenta contemporaneamente il punto di forza e quello di debolezza di questo sistema. Infatti, per un verso, l'ateoreticità permette al clinico di comunicare in tutto il mondo non dovendo tener conto dell'eziologia dei disturbi, ma solo dei sintomi, dall'altro risulta impossibile valutare nel paziente il diverso peso che certi elementi possono avere sul tipo di infermità. Tutti i sintomi del disturbo assumono la stessa importanza, quindi non è possibile individuare quello prevalente<sup>183</sup>.

---

fanno riferimento i più moderni manuali diagnostici e, in particolare, il DSM. L'autrice sottolinea che in giurisprudenza sono numerose le sentenze che riconoscono alla classificazione del DSM un valore scientifico ed un richiamo ai recenti manuali diagnostici è presente anche nella sentenza Raso delle Sezioni Unite.

<sup>183</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 362. Il DSM presenta dei limiti, poiché se da un lato, per la sua natura ateoretica e categoriale, costituisce un vantaggio in relazione alla catalogazione dei disturbi, dall'altro presenta una scarsa utilità circa il suo possibile impiego in ambito forense. Infatti, attraverso l'uso del DSM non si riesce a giungere ad una valutazione dimensionale della malattia mentale perché è fondato su un sistema basato sulla presenza o meno dei relativi sintomi. Questi ultimi poi, sono considerati tutti allo stesso modo, non essendo possibile misurarne l'intensità. E la conseguenza di ciò, è la frequente presenza di diagnosi di comorbidità (con tale termine s'intende la presenza contemporanea nella stessa persona di più patologie che tra di loro non presentano alcun nesso causale): in altre parole, in un soggetto sono individuabili diverse disfunzioni, ma accade anche che gli stessi sintomi siano riscontrabili in persone profondamente differenti. Infatti, spesso, la diagnostica clinica di un disturbo mentale del DSM non è sufficiente per stabilire l'esistenza, a fini legali, di un disturbo mentale, una disabilità mentale o un difetto mentale. Al fine di stabilire se un determinato soggetto soddisfi uno specifico *standard* legale, è necessaria la presenza di maggiori informazioni rispetto a quelle contenute in una diagnosi del DSM, potendo quest'ultima, se utilizzata in modo appropriato, essere comunque d'aiuto per la comprensione da parte dei giudici delle caratteristiche rilevanti di un disturbo mentale e per la determinazione della decisione; MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata*, cit., 10. Le caratteristiche del DSM hanno determinato una scarsa flessibilità e utilità, sul piano pratico-operativo. Tra i principali limiti: 1) *il manuale non fornisce alcun parametro di accertamento empirico*; 2) *il disturbo viene definito con riferimento ad un complesso di sintomi comportamentali secondo il sistema in-out, dei quali, non è richiesta l'integrale presenza*; 3) *non consente una misurazione ed una valutazione dimensionale dell'intensità della malattia*; 4) *gravi incertezze sorgono nelle frequenti diagnosi di comorbidità, in cui in un soggetto sono individuabili differenti disfunzioni, o gli stessi sintomi si riscontrano in persone completamente diverse*; COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità*, cit., 1196-1197. La studiosa evidenzia come proprio con riferimento ai disturbi della personalità, si registrano le maggiori insoddisfazioni dei clinici sull'utilizzabilità forense del DSM. Le obiezioni principali alle classificazioni del DSM riguardano la mancanza di confini diagnostici tra i diversi disturbi e di un limite stabile, se si escludono alcuni tipi, tra soggetto "normale" e soggetto disturbato. Poi, si assiste ad una diagnosi di comorbidità, perciò nella

A fronte di queste criticità, si diffonde tra gli specialisti un nuovo modello, il c.d. SWAP-200 (*Shedler-Westen Assessment Procedure 200*). Si tratta di uno strumento di valutazione che permette di formulare diagnosi non soltanto categoriali, ma anche dimensionali, sia sulla base dei criteri dell'Asse II del DSM (disturbi della personalità), sia attraverso un'innovativa classificazione degli stili di personalità con nuove categorie diagnostiche che tengono conto dei più moderni studi e ricerche degli autori<sup>184</sup>.

---

medesima persona vengono individuate più disfunzioni, ed inoltre, è possibile che i pazienti che ricevono la stessa diagnosi sono eterogenei. In altre parole, affinché sussista un disturbo è necessario un numero minimo di sintomi tra quelli descritti. Basta pensare che esistono 151 modi diversi per rispondere ai criteri di *Borderline*, quindi si può finire per riconoscere lo stesso disturbo a persone che hanno caratteristiche diverse. Perciò, se per esempio, uno dei criteri per determinare il *Borderline* è la rabbia e la violenza, ma poi l'esperto fa una diagnosi dello stesso tipo a chi non presenta queste caratteristiche, ne deriva che vengono etichettate allo stesso modo persone che tra di loro sono completamente diverse. Ecco che, l'impiego forense di manuali diagnostici come il DSM può valere soltanto ai fini della diagnosi del disturbo, ma non potrà mai servire per giungere a conclusioni stereotipate circa l'incidenza sull'imputabilità. Infatti, è lo stesso DSM che invita, in modo esplicito, di essere utilizzato in questo senso. Proprio nell'ultima edizione, per quanto riguarda l'utilità di tale manuale in ambito forense, si chiarisce: se "utilizzate appropriatamente, la diagnosi e le informazioni diagnostiche potranno essere di ausilio per la determinazione della decisione (...). Il DSM può facilitare la comprensione da parte dei giudici delle caratteristiche rilevanti di un disturbo mentale".

<sup>184</sup> MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata*, cit., 10; COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità*, cit., 1197-1198. È già diffuso tra gli specialisti un nuovo modello che può avere un migliore impiego forense. È il c.d. SWAP-200, modello a cui hanno partecipato più di 800 psichiatri e psicologi selezionati in modo casuale dai registri dell'*American Psychological Association*. Non è altro che uno strumento di valutazione che permette di formulare diagnosi non soltanto categoriali, bensì dimensionali, sia sulla base dei criteri dell'Asse II del DSM (disturbi della personalità), sia mediante un'innovativa classificazione degli stili di personalità con nuove categorie diagnostiche che tengono conto dei più moderni studi. L'obiettivo è di garantire in ogni caso l'uso di un linguaggio comune per valutare la personalità tra clinici e studiosi di orientamenti diversi, ma senza rinunciare ai vantaggi del rigore empirico e dell'osservazione clinica. Tale strumento potrebbe costituire una valida integrazione per la valutazione della personalità e della diagnosi psicopatologica dell'imputato, permettendo di ottenere decisioni sicuramente più dettagliate, mediante l'indicazione non soltanto di sintomi e comportamenti tipici, ma anche di aspetti della vita mentale e dell'esperienza interna del soggetto, come per esempio, fantasie, difese, esperienza di sé, *pattern* interpersonali, conflitti, ecc., di cui invece, il DSM non ne tiene conto. Tuttavia, il vantaggio molto più evidente del modello SWAP-200 è quello di consentire la valutazione della *gravità* di un disturbo psicopatologico, piuttosto che limitarsi a rivelarne soltanto l'esistenza o meno attraverso il sistema *in-out* del DSM. Inoltre, lo SWAP-200 consente anche di monitorare l'esito delle psicoterapie misurando i cambiamenti del sofferente psichico nel corso del trattamento. Con questo nuovo modello quindi, si accorciano le distanze tra diagnosi descrittiva e formulazione del caso, tra clinica e ricerca, motivo in più per cui lo SWAP-200 potrà anche essere meglio impiegato nel campo della psichiatria forense, in cui il problema della determinazione della

Tuttavia, a dispetto della loro grande diffusione, la maggioranza degli studiosi mantiene un rigido atteggiamento di sfiducia nei confronti dei manuali diagnostici perché essi non offrono le sufficienti garanzie di scientificità, di cui la prova, nel processo penale, ha estremo bisogno. In altre parole, il giudizio di imputabilità non si deve esaurire nell'individuazione dell'anomalia psichica in questi manuali diagnostici, sebbene abbiano una base scientifica e l'identificazione della patologia rimane pur sempre il passaggio primo, ma è necessario tenere in considerazione anche se il ragionamento a cui è giunto l'esperto e le tecniche utilizzate da questo, raggiungono il grado di scientificità richiesto, per un accertamento dell'infermità, se non certo, almeno altamente probabile<sup>185</sup>. Infatti, una parte del panorama psichiatrico attuale professa che per poter continuare ad avvalersi dei sistemi diagnostici menzionati sopra, ricavandone una concreta utilità,

---

gravità del disturbo diventa un passaggio obbligatorio per decidere se la capacità di intendere e di volere è esclusa o altrimenti grandemente scemata. Infatti, proprio capire l'intensità del disturbo, costituisce l'anello di congiunzione con la seconda fase del giudizio di imputabilità.

<sup>185</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 360. Ai fini del giudizio di imputabilità vi dovrebbe essere una stretta collaborazione tra il sapere scientifico e il giudice, ma ciò non risulta semplice. Dal lato della scienza, vi è un problema di affidabilità e credibilità della stessa, interna ed esterna al processo. Per quanto riguarda l'ambito interno, è sempre più a rischio il ruolo dello psichiatra forense come esperto, perché la perizia tende spesso a diventare un esercizio dialettico e non invece, un confronto su una metodologia condivisa per diversi motivi. Molte volte, è proprio la persona del perito ad assumere maggiore importanza rispetto al contenuto della perizia e l'attenzione si focalizza sulla capacità dello stesso di persuadere e dare valore alle proprie asserzioni, nonché sulla sua fama. Da ciò ne deriva la debolezza del procedimento diagnostico in psichiatria, l'ineliminabilità della componente soggettiva nei giudizi, la carenza di diagnostica biologica in grado di oggettivizzare l'osservazione clinica e l'impossibilità di usare un metodo scientifico nelle valutazioni retrospettive, in cui manca l'obiettività clinica. In questo senso sorge, un problema di "mercificazione" degli esperti che forniscono al miglior offerente le proprie acquisizioni scientifiche. Nel secondo caso, il problema dell'affidabilità e credibilità della scienza all'esterno del processo riguarda il rapporto tra oggettiva incertezza della scienza stessa e processo penale. "Molta scienza prodotta oggi, infatti, proviene da *input* di natura politica; nasce, di conseguenza, un problema di politicizzazione delle acquisizioni scientifiche". Sempre al riguardo, è rilevante la questione delle frodi scientifiche attraverso la falsificazione del ricercatore. Si può notare come l'insieme di questi fattori possono generare perplessità, critiche e dubbi sul reale contributo scientifico della perizia psichiatrica. Al fine di uscire dalla logica della soggettività dei giudizi peritali e portare un vero contributo in sede processuale, occorre una rigorosa applicazione di un metodo scientifico alla specificità giudiziaria, combinando i risultati degli accertamenti clinici alle prove che sono emerse sui fatti nel processo.

occorre affiancare alla diagnosi compiuta attraverso il DSM o lo SWAP-200, ulteriori criteri.

Di fatto, seguendo la logica accusatoria del processo penale fatta propria dal codice, il giudice ha bisogno di prove certe o, quantomeno, altamente probabili circa lo stato dell'imputato, prove che devono poggiare su di una solida base scientifica per poter superare l'imprescindibile soglia del ragionevole dubbio.

Una prima importante indicazione proviene dalla sentenza Raso del 2005 che, richiede ai giudici di utilizzare, ai fini della decisione, soltanto le acquisizioni scientifiche “*più aggiornate, più generalmente accolte, più condivise*”<sup>186</sup>. A fronte della situazione metodologica della psichiatria che rimane “fatalmente camaleontica”, nel senso che ogni paradigma è afflitto da limiti che ne impediscono un'utilizzazione esclusiva nella spiegazione della malattia mentale, come deve operare il giudice di fronte a questo contesto? Nel contesto del processo penale, il giudice deve solo verificare nel caso concreto la sussistenza della capacità di intendere e di volere ed appurare se dal dibattimento residua almeno un dubbio ragionevole sulla imputabilità di quel soggetto agente e per far ciò non c'è altra strada che sottoporre i contributi degli esperti ai criteri di *Daubert*: ai tentativi di falsificazione, alla ricerca di

---

<sup>186</sup> Cass., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, Raso, con nota di FIDELBO G., *Le Sezioni unite*, cit., 1867-1868. La nota sentenza Raso del 2005 al punto 11 sostiene: “quanto al rapporto ed al contenuto dei due piani del giudizio (quello biologico e quello normativo), il secondo non appare poter prescindere, in ogni caso, dai contenuti del sapere scientifico, dovendosi anche ritenere superato l'orientamento inteso a sostenere la “estrema normativizzazione del giudizio sulla imputabilità”, che sostanzialmente finisce col negare la base empirica del giudizio medesimo, pervenendo “alla creazione di un concetto artificiale”: sicché, postulandosi, nella simbiosi di un piano empirico e di uno normativo, una necessaria collaborazione tra giustizia penale e scienza, a quest'ultima il giudice non può in ogni caso rinunciare – pena la impossibilità stessa di esprimere un qualsiasi giudizio – e, pur in presenza di una varietà di paradigmi interpretativi, *non può che fare riferimento alle acquisizioni scientifiche che, per un verso, siano quelle più aggiornate e, per altro verso, siano quelle più generalmente accolte, più condivise, finendo col costituire generalizzata (anche se non unica, unanime) prassi applicativa dei relativi protocolli scientifici (...)*”.

conferme empiriche, alla valutazione del tasso di errore dei test impiegati, alla *peer review*, al consenso generale della comunità scientifica<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 293; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 360-361. Non vi sono regole precise su come il giudice debba comportarsi quando deve valutare la prova scientifica, ma delle linee guida che gli consentono di verificare l'affidabilità della scienza. Sul tema è intervenuta la sentenza *Daubert* del 1993 della Corte Suprema degli Stati Uniti, il cui contenuto è stato recepito anche dall'ordinamento italiano. Tale sentenza argomenta che "nella scienza non ci sono certezze; la testimonianza degli esperti può trarre in inganno il giudice distortendo la sua decisione. Egli, nel contesto del processo, è un custode del metodo scientifico, deve cioè vigilare affinché la scienza introdotta nel processo sia affidabile e conforme al metodo scientifico". La sentenza quindi, fornisce al giudice le linee guida che costituiscono il fondamento del metodo scientifico come: la falsificazione popperiana (il criterio dello *status* scientifico di una teoria è la sua falsificabilità, confutabilità o controllabilità), la concezione induttivistica di Hempel (il giudice deve cercare conferme alla tesi), il paradigma di Khun (consenso generale della comunità scientifica in un certo momento storico), il tasso di errore della tecnica utilizzata, *peer review* (le conclusioni scientifiche sono soggette a continua revisione da parte degli esperti).; COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità*, cit., 1185-1190. Il problema più rilevante diventa valutare la correttezza dell'uso delle conoscenze e dei metodi scientifici e, capire se quelle conoscenze e quei metodi poggino su solide basi scientifiche. Quindi, è importante che la decisione poggi su una prova considerata valida al momento della sua pronuncia, anche se in futuro queste conoscenze potrebbero essere smentite da ricerche più avanzate. Per quanto concerne la validità della perizia psichiatrica nel processo penale, non si può non prendere le mosse dai criteri di validità scientifica elaborati dalla giurisprudenza nordamericana, dei quali iniziano ad avere una certa dimestichezza anche i giuristi italiani. Ci si riferisce ai criteri contenuti nella sentenza *Daubert* del 1933. La Corte Suprema americana, in quest'ultima sentenza, ha premesso l'idea, ormai condivisa da tutti, che nella scienza non ci sono certezze, bensì si mira a cercare nuove teorie "provvisorie". Per tale ragione, sono stati individuati dei parametri di affidabilità. In modo particolare, si è chiarito che una conoscenza è scientifica se risulta: a) *verificabile nel metodo*, cioè controllabile mediante esperimenti ed in grado di superare i *test* di falsificazione; b) tendenzialmente sottoposta a *peer review*, cioè la sottoposizione della teoria alle procedure adottate dalla comunità scientifica internazionale per determinare le caratteristiche metodologiche di uno studio, o essere pubblicata in riviste specializzate che ne attestino il controllo della comunità scientifica; c) capace di esprimere al giudice, per ogni metodo proposto, il *tasso di errore* accertato o potenziale che questo comporta; d) godere, ma solo in via sussidiaria e non indispensabile, di una *generale accettazione* nella comunità degli esperti. In questo modo, il giudice non deve più piegarsi passivamente all'opinione consolidata nella comunità scientifica di riferimento, ma assume un ruolo attivo esercitando un controllo diretto sulle prove. Tali principi sono poi stati perfezionati sempre dalla Corte Suprema americana con la sentenza sul caso *Kuhmo* nel 1999, in cui se ne è affermata l'applicabilità, non soltanto alle conoscenze scientifiche, bensì anche a quelle tecniche o altrimenti specializzate, quindi anche alle testimonianze degli psichiatri e degli psicologi sull'imputabilità. Poi, in seguito alla sentenza *Daubert* è prevalsa la tesi della non esaustività di questi criteri, precisata dalla stessa pronuncia e ribadita poi nella sentenza *Kuhmo*, quindi vi è stata l'esigenza di trovare dei nuovi *additional factors* da utilizzare nei vari tipi di giudizio. Il commentatore giuridico americano *Farley* ne ha individuati ben 16: la qualificazione giuridica del consulente; il precedente impiego della tecnica in ambito forense; la necessità di tener conto del margine di errore della tecnica; l'esistenza di conferme esterne dell'accertamento; gli elementi di novità del metodo proposto rispetto alle tecniche precedenti; il margine di soggettività della lettura e dell'interpretazione dei risultati; gli elevati *standard* professionali del laboratorio o degli esperti che possono essere testimoniati da

Questo perché i giudici non possono sbagliare e devono ispirarsi ad una regola giuridica che garantisca il massimo di certezza. Gli *standard Daubert* costituiscono ormai, un punto molto saldo per la giurisprudenza italiana, perché consentono di fissare una metodologia condivisa mediante la quale operare un confronto scientifico, poiché un corretto giudizio di imputabilità obbedisce al principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 530.2 c.p.p.<sup>188</sup>.

Infatti, come ha sostenuto Stella, autorevole giurista, “*nel processo penale, in cui sono coinvolti i valori di immensa portata dell'imputato,*

---

certificazioni di riconosciuti enti pubblici e/o privati; l'esistenza di forma di salvaguardia da situazioni impreviste che possono provocare errori non sistematici; l'analogia della tecnica scientifica in questione con altre tecnologie i cui risultati abbiano già superato il vaglio dell'affidabilità; la verifica dell'esistenza di cause alternative; la chiarezza e semplicità con cui la tecnica può essere descritta dall'esperto e compresa da giudici e giurie; la possibilità di trovare conferme esterne dei dati sperimentali evidenziati in un singolo individuo; la disponibilità di altri esperti che possono testare e valutare la tecnica per evitare che nel processo sia rappresentato uno solo degli orientamenti esistenti; il rilievo probatorio del dato tecnico; la cura generale con cui le indagini sono condotte. Inoltre, nell'esperienza americana, la *Federal Rules of Evidence*, che si occupa delle prove elaborate nel Congresso degli Stati Uniti, nel 2000 ha aggiunto tre indici di affidabilità della prova scientifica: a) il fondamento sui principi e metodi affidabili; b) l'avallo di accreditati e sufficienti *facts or data*; c) l'applicazione da parte dell'esperto di questi principi e metodi ai fatti in discussione in modo appropriato. In poche parole, si supera la generalità dei criteri *Daubert* imponendo che la verifica di affidabilità ed attendibilità della prova debba essere rapportata alle concrete esigenze probatorie dettate dalla realtà dei fatti oggetto di indagine. Non mancano tentativi di affinamento dei parametri americani anche nella dottrina italiana, in quanto si precisa come per ammettere il mezzo di prova scientifico occorre valutare se: a) il metodo è in astratto valido per ottenere un elemento utile; b) il metodo è in concreto idoneo a ricostruire il fatto da provare; c) il metodo è controllabile nei momenti dell'assunzione e valutazione; d) l'esperto è qualificato; e) lo strumento è comprensibile, perché il giudice e le parti devono poterlo dominare.

<sup>188</sup> Art. 530 c.p.p. Sentenza di assoluzione: 2. “*il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*”. In questo comma, il legislatore equipara alla situazione positiva dell'accertamento della causa di assoluzione, quella della mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove a carico dell'imputato. Con riferimento alla questione di cui stiamo trattando, significativo è l'aspetto dell'insufficienza della prova che, si ha quando essa non assume quella consistenza ed efficacia tale da poter fondare, con ragionevole certezza, un'affermazione di responsabilità, e quello della contraddittorietà, che si ha quando dalle risultanze dibattimentali emerge una situazione di equivalenza tra gli elementi istruttori di reità e le prove di innocenza; CENTONZE F., *L'imputabilità*, cit., 268. Il dettato del codice di procedura penale è sul punto molto chiaro. Quando la scienza è incerta, quando è insanabile il contrasto tra esperti, quando è insuperabile il dubbio sull'imputabilità del soggetto agente, ossia “*quando è insufficiente o contraddittoria la prova che il reato è stato commesso da persona imputabile*” il giudice, ai sensi dell'art. 530.2 c.p.p. “*pronuncia sentenza di assoluzione*”.

*non si può correre il rischio che il giudice faccia affidamento su teorie, tecniche, test che, seppure comunemente utilizzati nella prassi scientifica (in funzione degli scopi di quest'ultima), non siano poi in grado di offrire riscontri di affidabilità e di validità funzionali alla decisione giuridica e al superamento dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio*"<sup>189</sup>.

Ecco che allora, da questo punto di vista, il giudice diventa un "custode del metodo" (*gatekeeper*), egli, cioè, deve assumere il potere-dovere di decostruire le affermazioni degli esperti se, in base ai criteri richiamati, dovessero emergere ragionevoli dubbi sulla loro validità. Quindi, il compito del giudice sarebbe quello di fare da garante dell'attendibilità delle prove scientifiche, mentre in passato la prova scientifica era definita tale *ex ante* ed il giudice ne era il recettore passivo. E dunque, è bene mettere in chiaro che, il ruolo del giudice, dato che questo s'avvale del sapere degli esperti, non assume una minore rilevanza rispetto a questi ultimi, anzi, nel controllare la correttezza del metodo utilizzato dai periti, diviene un supervisore dell'accertamento processuale<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 438.

<sup>190</sup> COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità*, cit., 1190-1193. Ciò, conduce il giudice a dover verificare la competenza e la capacità scientifica dell'esperto, deducibili, per esempio, dalle esperienze pregresse di natura professionale, didattica, giudiziaria, ecc., dalle eventuali pubblicazioni in riviste specializzate, dalle citazioni di suoi scritti in studi del settore. Si tratta quindi, di un compito quanto mai delicato ed importante, che garantisce la possibilità per il giudice di confutare le conclusioni dei periti se permanga il ragionevole dubbio sulla validità degli strumenti utilizzati per formularle, ma anche, viceversa, deve rinunciare a giudizi difformi, se correttamente raggiunti. Inoltre, come sostiene BERTOLINO M., *Normalità del male e patologia mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 289, è ovvio che non è necessario che il giudice abbia le conoscenze dell'esperto, né che debba compiere *ex novo* il suo percorso, ma conta, invece, saper valutare il metodo utilizzato, essere "allenati per diventare critici consumatori della scienza esistente"; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 361. Nella sentenza *Daubert* del 1993 si argomenta che "nella scienza non ci sono certezze; la testimonianza degli esperti può trarre in inganno il giudice distorcendo la sua decisione. Egli, nel contesto del processo, è un custode del metodo scientifico, deve cioè vigilare affinché la scienza introdotta nel processo sia affidabile e conforme al metodo scientifico"; CENTONZE F.,

---

*L'imputabilità*, cit., 283, 293-297. Per i giudici statunitensi la mancanza di certezze nella scienza conduce ad investire il giudice del ruolo di *gatekeeping*, cioè di custode del metodo scientifico. Infatti, egli è tenuto a valutare direttamente, in relazione al contesto giuridico, l'ammissibilità della testimonianza degli esperti. Applicando i criteri di *Daubert*, il giudice diventa consumatore accanito di leggi scientifiche, nonché guardiano del metodo, poiché sarebbe tenuto ad acquisire un'ampia formazione anche extragiuridica e ad immergersi nelle conoscenze scientifiche per analizzare il contributo degli esperti. Lo schema di *Daubert* aiuta i giudici a distinguere tra la "*real science*" e "*courtroom science*", ed è anche necessario evidenziare la sua importanza nell'aiutare i giudici a comprendere lo scopo della *expert evidence*.

#### **4.1. Il contributo delle neuroscienze nell'accertamento del vizio di mente**

Altro aspetto da tenere in considerazione con riguardo all'accertamento del vizio di mente, è il contributo che le neuroscienze sono in grado di fornire.

Con il termine “neuroscienze” s'intende il complesso delle discipline che vertono sulle strutture e funzioni del sistema nervoso. Esse costituiscono un ambito scientifico interdisciplinare che studia, in modo integrato e complementare: anatomia, biologia molecolare, biochimica, fisiologia, farmacologia, genetica, immunologia, e patologia del sistema nervoso centrale, di quello periferico e di quello autonomo, al fine di comprendere la complessità del cervello. Alla base degli obiettivi perseguiti da queste discipline vi è l'individuazione dei meccanismi di funzionamento dell'apparato nervoso e cerebrale umano, mediante la ricostruzione dei processi cognitivi e chimico-elettrici che sovrintendono sia all'esecuzione dei movimenti corporali (consci ed inconsci), sia alla realizzazione delle istanze decisionali. Tali discipline si devono considerare complementari rispetto alle indagini psichiatriche e neuropsicologiche tradizionali<sup>191</sup>. In altre parole, le

---

<sup>191</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 361; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 450. L'idea di fondo è che il vizio di mente possa essere accertato attraverso l'esame dell'attività cerebrale e documentato attraverso tecniche di *neuroimaging*; PULITANO' D., *Diritto penale*, cit., 374. Un tema che recentemente è diventato attuale è quello delle neuroscienze, cioè un sapere che si occupa dello studio degli aspetti neurologici correlati all'agire umano; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 378-380. Il progresso delle neuroscienze, cioè tutte quelle discipline mediche che studiano in modo interdisciplinare la relazione tra il cervello ed il comportamento umano, mostra ricadute penalistiche circa la valutazione dell'imputabilità del reo. Sostanzialmente, mediante le scienze cognitive si può avere un nuovo paradigma diagnostico del disturbo della personalità e della malattia mentale, riconducibile ad alterazioni funzionali di alcune parti del cervello; Tribunale di Como, 20 Maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 246 ss.; con nota di MESSINA G., *I nuovi orizzonti della prova neuro(scientifica) nel giudizio sull'imputabilità*, 249. Oggi, le tecniche neuroscientifiche garantiscono nuove metodologie di approfondimento e di supporto che rappresentano un utile completamento alla tradizionale diagnosi psichiatrica permettendo sia di aumentare il tasso di

neuroscienze, analizzando la struttura e la funzionalità del sistema nervoso centrale, sembrano essere in grado di documentare l'esistenza di specificità neurobiologiche, in grado di inibire al reo la possibilità di agire in modo diverso da come ha agito. E, questi accertamenti neuroscientifici, che si avvalgono di "tecniche di esplorazione cerebrale", possono essere assunti dal giudice quali prova scientifica all'interno del processo penale e come elemento del quadro probatorio per procedere all'accertamento della responsabilità penale. Per quanto riguarda le tecniche di esplorazione cerebrale, i metodi utilizzati più comunemente consistono nell'uso congiunto dell'elettroencefalogramma multicanale (EEG), topografia assiale computerizzata (TAC), tomografia ad emissione di positroni (PET), risonanza magnetica funzionale (fMRI), topografia computerizzata ed emissionale di fotoni singoli (SPECT), magnetoencefalografia (MEG) e spettroscopia ad infrarossi (NIRSI). L'indagine basata sull'impiego congiunto di tale strumentazione consente di osservare il manifestarsi dell'attività cerebrale durante una stimolazione emotiva oppure durante la risposta comportamentale in condizioni fisiologiche predefinite<sup>192</sup>.

---

oggettività della valutazione psichiatrico-forense, sia di introdurre una descrizione più completa della sintomatologia e dei suoi correlati neuronali e genetici; BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 269-270. Da qualche anno anche in Italia si sono affacciate sulla scena del diritto e del processo penale le c.d. neuroscienze, cioè quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani. Con il termine neuroscienze s'intende "un gruppo eterogeneo di discipline scientifiche, accomunate dall'obiettivo di spiegare come le connessioni neuronali sovrintendono lo svolgimento di tutte le attività umane, non solo quelle estrinsecanti in semplici movimenti corporei, ma anche quelle più complesse (la volizione, le emozioni, persino la formulazione dei giudizi morali), tradizionalmente attribuite al dominio della mente e considerate inaccessibili all'indagine sperimentale". Le neuroscienze hanno come scopo l'analisi e la comprensione ad ogni livello del funzionamento del sistema nervoso centrale e periferico.

<sup>192</sup> RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 362. Tramite l'utilizzo di queste tecniche, grande importanza assume l'indagine neurologica sul lobo frontale, in modo particolare, mediante l'utilizzo della tomografia ad emissione di positroni (PET), misurando il flusso ematico cerebrale e regionale, sarebbe possibile ottenere una valutazione attendibile e scientificamente verificabile del *deficit* di capacità critica, di giudizio e di autocontrollo di un determinato paziente. Da questo

Tali assunti, però, sembrerebbe che conducono verso un'interpretazione del comportamento umano quale risultato di un processo cerebrale, ben distante, dal principio della libertà di volere come fondamento del diritto penale, poiché il comportamento umano sarebbe il risultato meccanicistico di un processo cerebrale, mancando una volontà libera e consapevole. Tuttavia, ad oggi, non vi è stata alcuna rifondazione del diritto penale su basi neuroscientifiche, soprattutto perché, le indagini neuroscientifiche non sono attualmente in grado di fornire una prova inconfutabile sull'origine deterministica delle azioni umane<sup>193</sup>, ma si è giunti alla conclusione che se le neuroscienze

---

punto di vista, si è osservato, per esempio, come i soggetti con un lobo frontale mal funzionante sarebbero predisposti a commettere più facilmente illeciti, anche laddove non vi sia esposizione ad ambienti particolarmente sfavorevoli; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 378-379. I metodi appena menzionati sono le c.d. tecniche di *neuroimaging*, che sono "in grado di individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico ed involontario. Nel cervello del soggetto sano e in quello del soggetto disturbato queste funzioni opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non riuscirebbe a bloccare le risposte automatiche. In conclusione, i soggetti con un lobo frontale mal funzionante sembra possano più facilmente commettere illeciti, anche se non esposti ad ambienti particolarmente sfavorevoli".

<sup>193</sup> BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, 272-275. Tenendo in considerazione gli assunti delle neuroscienze, si potrebbe pensare che queste sarebbero prossime a fornire la dimostrazione empirica definitiva che ogni comportamento umano è soltanto l'esito meccanicistico di un processo cerebrale, quindi non esisterebbe, una volontà libera, consapevole, ma soltanto una serie di connessioni neuronali governate dalle leggi causali della fisica. Ad esempio, Wegner D. M., psicologo sociale americano, ritiene che, essendo l'azione determinata in primo luogo da meccanismi cerebrali e psicologici, la volontà consapevole è soltanto un'illusione, che sta alla base del nostro apprezzamento e del ricordo di noi stessi come autori delle nostre azioni e dello sviluppo del senso di responsabilità e della moralità. Muovendo da questo presupposto, ne deriverebbe che, "se ogni comportamento umano è casualmente pre-determinato, è forse giunta l'ora di congedarsi da alcune categorie basilari del diritto penale come i concetti di libero-arbitrio, di coscienza e volontà, di responsabilità personale intesa come capacità di agire altrimenti?". Si tratta, di conclusioni che suscitano forti perplessità, che si possono sintetizzare in tre critiche: 1) *In primo luogo*, si ha l'impressione di trovarsi davanti solo all'ultimo tentativo, di fornire una *spiegazione unicausale della criminalità*. Ma, la critica che è stata formulata dalla letteratura criminologica è che, "molti approcci, sia sociologici che medicobiologici, si sono proposti come teorie unicausali, nel senso che polarizzano il loro interesse su di un solo fattore, ritenuto necessario e sufficiente a render conto di per sé solo delle cause del comportamento criminale". Questo, sostengono gli autori, è un atteggiamento che è opportuno rifiutare, poiché potrebbe apparire pericoloso per l'eccessiva unilateralità delle premesse e delle conseguenze. In questo senso, PONTI G.L., *Compendio di criminologia*, Milano, 1980, 234. Le teorie unicausali della criminalità, in questo caso quella neuroscientifiche, oscurano altri possibili fattori, di natura personale e/o ambientale. Ed ammesso che, le neuroscienze riescano a mappare una

---

predisposizione neuronale al crimine, non si dispone ancora di alcun elemento per affermare se e quando questa predisposizione si trasformerà in realizzazione concreta. 2) *In secondo luogo*, è stato evidenziato come la pretesa di una rifondazione del diritto penale sulla base delle presunte evidenze deterministiche fornite dalle neuroscienze, incorre verso una specie di *errore categoriale*, cioè nella violazione del principio epistemologico in base al quale *“ciascuna scienza è in grado di comprendere solamente l’oggetto di studio al quale i propri strumenti le consentono di accedere”*. E, proprio a causa di questo errore, si rischia di sopravvalutare o di valutare male l’effettivo ruolo che le categorie concettuali sotto accusa svolgono nel diritto penale. 3) *In terzo luogo*, è necessario considerare che, almeno attualmente, le acquisizioni dei neuroscienziati non giustificano alcun cambiamento nella legge penale, obiettivo che peraltro, secondo gli autori, la comunità neuroscientifica non si è neanche posta, poiché ha puntato solo a mettere a disposizione del diritto penale metodi e tecniche volti a valutare meglio gli aspetti dell’imputabilità, della pericolosità sociale, delle eventuali falsità delle dichiarazioni processuali. Quindi, in base a tali motivi, si ritiene che non è necessaria, ma nemmeno auspicabile, una rifondazione del diritto penale su basi neuroscientifiche; GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Torino, 2016, 64, 75-76. La dottrina penalistica circa l’impostazione neurodeterminista, ha mantenuto una posizione conservatrice. L’autore, all’esito di un’accurata analisi del dibattito in corso nella dottrina penalistica europea conclude così: “posto che secondo tutte le tesi appena illustrate le recenti investigazioni scientifiche sul cervello non sono in grado di fornire una prova inconfutabile sull’origine deterministica delle azioni umane, la presunzione penalistica secondo cui ogni persona cosciente e sana di mente è dotata della capacità di autodeterminarsi responsabilmente, per ora non risulta smentita; al contrario, secoli di investigazione della scienza psicologica e delle scienze sociali, quali l’antropologia e la sociologia, dimostrerebbero l’esatto contrario, confermando la peculiarità dell’agire umano rispetto ai fenomeni naturali e ai comportamenti animali. In definitiva, non sussistono ragioni sufficienti per stravolgere gli istituti della colpevolezza e della imputabilità così come vengono costruiti a livello sociale, ancor prima che giuridico, nell’epoca contemporanea”; COLLICA M.T., *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 12-14. Non sembra aver trovato spazio nel dibattito dottrinale l’approccio delle neuroscienze c.d. forte, in base al quale sarebbe solo l’elemento biologico a determinare il soggetto alla condotta criminale. Secondo questa impostazione, la coscienza non è altro che il prodotto dell’attività cerebrale inconscia. Gli *input* neuronali incidono sui comportamenti umani al punto da vanificare l’idea stessa della colpevolezza come rimprovero fondato sul libero arbitrio. Se tutto è determinato dal cervello non c’è spazio per scelte autonome e, per decisioni dipendenti dalla volontà libera. E sulla base di ciò, andrebbero ripensate le categorie classiche dell’autodeterminazione individuale, dell’imputabilità e della colpevolezza, su cui si fonda tradizionalmente il giudizio di responsabilità penale, ma allo stesso tempo, anche la dimensione retributiva della pena e i concetti di giustizia, umanità e clemenza. “I motivi per i quali una simile impostazione non ha trovato riscontro tra i giuristi italiani sono intuibili, venendo compromessi istituti giuridici fondamentali del nostro ordinamento giuridico. Per di più si tratta di affermazioni che non possono essere considerate consolidate, essendo frutto di studi ancora in evoluzione. Se infatti, da un lato, le risposte promesse dalle neuroscienze possono apparire sorprendenti, dall’altro lato sono in tanti ad esprimere riserve circa un diretto coinvolgimento tra certe zone cerebrali ed il comportamento antisociale, criminale e violento”. Semmai, è prospettabile una ricostruzione compatibile con il diritto penale, nel senso che si può riconoscere il contributo delle neuroscienze al fine di migliorare il tasso di oggettività delle perizie psichiatriche che fanno ricorso a determinate tecniche di *brain imaging*; BERTOLINO M., *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *disCrimine*, 2018, 3-4. “Si deve alle spiegazioni neuroscientifiche, che localizzano l’origine della malattia mentale in patologie strutturali e funzionali del cervello, il rinfocolarsi del dibattito sul concetto di infermità di cui agli artt. 88 e 89 del codice penale, e con esso anche di quello sul presupposto fondamentale della responsabilità penale, la libertà di agire dell’uomo, di cui la capacità di intendere e di volere è espressione, come si evince dallo stesso art. 85 cod. pen.”. A tal proposito, “basta ricordare che, con riferimento alla limitata questione della

consentono di affermare se ed in che misura certe anomalie cerebrali siano la causa dei comportamenti devianti tenuti dall'imputato, potrebbero essere un ausilio per il giudice e per l'esperto, dato che fornirebbero un contributo rilevante rispetto alle tecniche tradizionali d'indagine di tipo psichiatrico. Il contributo delle neuroscienze potrebbe aversi in più campi, non soltanto nell'accertamento della in-imputabilità o semi-imputabilità, bensì anche in quello dell'imaturità psichica del minore ultraquattordicenne, in sede di accertamento della pericolosità sociale, in sede di verifica dell'attendibilità delle dichiarazioni rese ed infine, per l'accertamento del dolo<sup>194</sup>.

---

libertà penale, lo scontro tra la prospettiva di rifondazione del diritto penale e quella compatibilista, di integrazione del nuovo sapere scientifico con le basi del diritto penale dell'indeterminismo, sembra ormai prevalere quest'ultima". Inoltre, la studiosa ritiene che "a sostegno di questa impostazione, si può richiamare anche una relativamente recente sentenza della Corte di Cassazione che a Sezioni Unite opta per la capacità di autodeterminazione dell'uomo, anche alla luce dello stato attuale del sapere neuroscientifico. In tale sentenza, a proposito dell'elemento soggettivo del reato, si legge infatti che un "dato testuale desunto dall'art. 43 cod. pen. è sicuramente decisivo per discernere tra dolo e colpa: l'essere o non essere della volontà. Noi non sappiamo esattamente cosa sia la volontà: la psicologia e le neuroscienze hanno fino ad ora fornito informazioni e valutazioni incerte, discusse, allusive. Tuttavia, la comune esperienza interiore ci indica in modo sicuro che nella nostra vita quotidiana sviluppiamo continuamente processi decisionali, spesso essenziali per la soluzione di cruciali contingenze esistenziali: il pensiero elaborante, motivato da un obiettivo, che si risolve in intenzione, volontà" (Cass. Sez. Un. 18.9.2014, n. 38343).

<sup>194</sup> BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 275-284. Le neuroscienze potrebbero fornire, *in primis*, un contributo al diritto e al processo penale in sede di elaborazione di perizie e consulenze in tema di *in-imputabilità o ridotta imputabilità* per infermità di mente, ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p., nel senso che, grazie alla loro capacità di evidenziare comportamenti o prestazioni classificati come "patologici", associati a lesioni o disfunzioni cerebrali, potrebbero consentire al giudice un apprezzamento più preciso della capacità di intendere e di volere dell'imputato; sarebbero utili anche per le perizie e consulenze rivolte ad accertare la *maturità del minore* di età compresa fra i 14 e i 18 anni. Infatti, le neuroscienze cliniche potrebbero evidenziare immaturità o alterazioni dello sviluppo cerebrale del minore, e condurre ad escludere l'imputabilità del minore ultraquattordicenne, per insufficiente maturità; un terzo ambito di possibile collaborazione tra diritto penale e neuroscienze potrebbe essere quello della *pericolosità sociale* ai fini dell'applicazione di misure di sicurezza, se si ammette che le tecniche neuroscientifiche sono davvero in grado di misurare la capacità di autocontrollo o di dar vita a reazioni aggressive. Infatti, grazie alle tecniche offerte dalle neuroscienze, si riuscirebbe probabilmente a fornire al magistrato un'analisi del rischio di recidiva basato su strumenti specifici che siano in grado di ampliare e integrare il giudizio clinico, fondati scientificamente; la collaborazione potrebbe aversi anche in sede di *verifica dell'attendibilità delle dichiarazioni rese nel processo*, infatti le neuroscienze potrebbero mettere a disposizione tecniche di *lie detection* con il fine di valutare la veridicità o la menzogna di un soggetto, oppure, tecniche di *memory detection*, finalizzate ad individuare la

Infatti, due neuroscienziati, Sartori e Zangrossi, hanno rilevato che “*con l’avvento delle moderne neuroscienze forensi esistono i presupposti per una innovazione vera del processo, non attraverso una sostituzione, ma mediante un arricchimento della tradizionale valutazione psichiatrico-forense, allo scopo di aumentare oggettività e accuratezza. Il dato neuroscientifico, infatti, consente di aggiungere informazioni essenziali per la comprensione del caso, non disponibili con l’approccio tradizionale*”<sup>195</sup>.

Tuttavia, il fatto che le neuroscienze possano offrire dei contributi significativi al diritto penale, e quindi collaborare con quest’ultimo, non vuol dire che le prime si trovino davanti ad una strada spianata che le conduca trionfalmente all’interno delle aule di giustizia, anzi, tutt’altro! Ma, prima di esaminare il percorso ostacolato, non soltanto da parte della legge penale, ma anche dallo stesso fronte neuroscientifico, appare

---

sussistenza nel soggetto di tracce di memoria; infine, la collaborazione si potrà avere anche in sede di *accertamento del dolo*, con il fine di ricostruire la tipologia di intenzione espressa con l’atto dal suo autore; COLLICA M.T., *Gli sviluppi delle neuroscienze*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 23-25 e 29-30. Le neuroscienze possono fornire un supporto al giudice, non soltanto nell’ambito della *non-imputabilità* o *semi-imputabilità*, ma anche con riferimento all’*imputabilità dei minori*. La fascia di età più problematica riguarda i minori autori di reati che hanno già compiuto i 14 anni, ma non ancora i 18, richiedendo una valutazione del caso concreto della raggiunta maturità. Le neuroscienze quindi, valorizzerebbero i fattori di tipo organico e genetico tra quelli che più influenzano le capacità cognitive dei minori, in quanto l’immaturità neuro-funzionale, psicologica e relazionale, comporta nell’infante una incapacità di autocontrollo e di pianificazione dei comportamenti. L’immaturità coincide con la mancanza di sviluppo o con un disfunzionamento del sistema frontale del cervello, cui sono legate, le funzioni esecutive. Poi, le neuroscienze sarebbero utili anche in tema di *verità delle dichiarazioni rese*, nel senso che le conoscenze neuro scientifiche possono essere utilizzate dai giudici per decidere sulla verità dei fatti narrati dalla persona esaminata. Tra le tecniche utilizzate vi è lo a-IAT (*autobiographical - Implicit Association Test*) che ha la caratteristica di poter rilevare tracce dei ricordi legati ad eventi autobiografici, archiviati nella memoria della persona. Il maggiore sforzo cognitivo per superare il conflitto intrapsichico, provocato dalle risposte false, consentirebbe di distinguerle da quelle sincere. Infatti, la teoria su cui si fonda è che il ricordo naturale o compatibile ha dei tempi di reazione rapidi, mentre un allungamento anche infinitesimale dei tempi di reazione o un aumento degli errori segnala una risposta non adeguata al ricordo. Quindi, minori sono i tempi di reazione e maggiore è l’attendibilità della dichiarazione. Inoltre, i moderni saperi, possono esercitare una qualche influenza anche per la conferma della *pericolosità sociale* dell’infermo. Infatti, non è difficile immaginare che al riscontro di alterazioni di zone specifiche del cervello sia più semplice accreditare diagnosi predittive di pericolosità sociale.

<sup>195</sup> SARTORI G. e ZANGROSSI A., *Neuroscienze forensi*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016, 707.

opportuno soffermarsi su due casi rilevanti, da cui emerge il contributo fornito dalle neuroscienze. Il primo è il caso di Como (Trib. Como, 20.5.2011), in cui il Tribunale ha aderito alla valutazione di semi-infermità, formulata dai consulenti della difesa anche a seguito dell'impiego di nuove tecniche di *imaging* cerebrale e studi di genetica comportamentale, sottolineando però l'irrinunciabilità di un giudizio sull'imputabilità che tenga conto di tutte le emergenze processuali, senza mai appiattirsi passivamente e acriticamente sul parere degli esperti. Altro caso invece, è quello della Corte d'assise d'appello di Trieste (App. Trieste, 18.9.2009), in cui le prove di genetica comportamentale avevano indotto il giudice di secondo grado a concedere la riduzione massima (un terzo) consentita dal vizio parziale di mente, già applicato in primo grado, ma con effetti attenuanti in misura inferiore<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> **Per il caso di Como:** Tribunale di Como, 20 Maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 246 ss.; con nota di MESSINA G., *I nuovi orizzonti della prova neuro(scientifica) nel giudizio sull'imputabilità*, 251 ss.; BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 276-278. Con riferimento al contributo che le neuroscienze forniscono al diritto penale, a livello di giurisprudenza di merito è nota una sentenza, in cui il ricorso al sapere neuroscientifico ha contribuito, in funzione complementare con le tecniche classiche, al riconoscimento di una ridotta imputabilità ai sensi dell'art. 89. Il caso riguarda una donna che aveva sequestrato e segregato in un'abitazione secondaria della famiglia, la propria sorella maggiore, l'aveva poi costretta ad assumere psicofarmaci, che l'avevano indotta in uno stato di confusione mentale e di incapacità reattiva, e l'aveva quindi uccisa, bruciandone poi il cadavere. La stessa donna aveva, in precedenza, tentato di uccidere i propri genitori, cercando di far esplodere la loro auto, aveva somministrato medicinali al padre che ne avevano provocato l'intossicazione e, in seguito, all'omicidio della sorella, aveva tentato di strangolare la madre con una cintura. Tutto ciò per perseguire le proprie intenzioni economiche sul patrimonio familiare. All'esito del giudizio di primo grado, la donna è stata condannata per i delitti a lei ascritti, previo riconoscimento, di una ridotta imputabilità a causa di un vizio parziale di mente. La decisione è stata fondata, oltre che su accertamenti psichiatrici tradizionali (colloqui clinici, test psicodiagnostici, esami neuropsicologici), anche su indagini legate alle neuroscienze cognitive ed alla genetica comportamentale, effettuate dai consulenti tecnici della difesa. Infatti, la donna imputata era stata sottoposta ad un esame della struttura cerebrale ad alta risoluzione (con la tecnica *Voxel-Based Morphometry*) con il fine di analizzare la morfologia e il volume della corteccia cerebrale, all'esito del quale sarebbero emerse "alterazioni nella densità della sostanza grigia, in alcune zone chiave del cervello, in particolare nel cingolo anteriore", cioè "un'area del cervello che ha la funzione di inibire il comportamento automatico e sostituirlo con un altro comportamento e che è coinvolta anche nei processi che regolano la menzogna, oltre che nei processi di suggestionabilità ed autosuggestionabilità e nella regolazione delle azioni

Tuttavia, come già precedentemente accennato, è necessario tenere in considerazione anche l'altra faccia della medaglia, quindi, il percorso ostacolato che le neuroscienze si trovano ad affrontare per entrare nel processo penale. Quanto agli ostacoli di ordine "penalistico", occorre ricordare, oltre al divieto di perizie dirette ad accertare il carattere e la personalità dell'imputato, ed in generale, le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche (art. 220.2 c.p.p.), anche gli ulteriori divieti posti dagli artt. 64, 188, 189 c.p.p. a tutela della libertà morale

---

aggressive". Inoltre l'imputata venne anche sottoposta ad accertamenti genetici, dai quali sarebbe emerso che la stessa "possiede tre alleli sfavorevoli, ovvero alleli che conferiscono un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo". (*G.i.p. di Como, 20 Maggio 2011*); COLLICA M.T., *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 17-21; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 362. "Nella sentenza del Tribunale di Como datata 20 Maggio 2011, il giudice ha riconosciuto l'esistenza di un vizio parziale di mente, con conseguente diminuzione della pena, anche sulla base delle risultanze derivanti da uno studio sul soggetto reo svolto attraverso lo strumento del c.d. *imaging cerebrale o neuroimaging*". **Per il caso di Trieste:** GRANDI C., *Neuroscienze e capacità di intendere e di volere: un percorso giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 26; BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 276-277. Il caso riguarda un omicidio commesso ad Udine da un cittadino algerino, che già in passato, a causa di un'importante patologia di stampo psicotico, aggravata dallo straniamento provocato dal contrasto tra la sua fede islamica integralista e la sua cultura tradizionale, da una parte, e il modello comportamentale occidentale con cui si era dovuto rapportare in una città di provincia italiana, dall'altra, era stato in terapia con farmaci neurolettici. Egli, dopo aver subito un'aggressione da alcuni cittadini sudamericani ed essere stato da questi deriso, era tornato a casa, si era cambiato d'abito e, armatosi di un coltello, si era nuovamente recato nel luogo dell'aggressione e qui aveva accoltellato alle spalle un cittadino colombiano, erroneamente scambiato per uno dei suoi aggressori. Nel giudizio di primo grado, la perizia e le consulenze psichiatriche avevano fornito esiti in parte divergenti, ed infine, il giudice aveva riconosciuto una parziale incapacità di intendere e di volere, ma non aveva diminuito la pena nella misura massima consentita dall'art. 89 c.p. Pertanto, il giudice d'appello decide di affidare un nuovo incarico peritale, ma rivolgendosi, questa volta, ad un esperto di neuroscienze molecolari e ad un esperto di neuropsicologia clinica. Nello svolgimento di questa perizia, l'imputato viene sottoposto a risonanza magnetica dell'encefalo, che non rileva segni rilevanti di alterazione strutturale. Inoltre, l'imputato viene anche sottoposto al *Test di Stroop*, all'esito del quale emerge la sua tendenza a rispondere prima del segnale stabilito del test "*stop signal*". Tale tendenza viene considerata dagli esperti "indicativa di una riduzione dell'inibizione al controllo della risposta motoria". Ancora più significative sono le indagini genetiche effettuate dai periti, poiché hanno consentito di accertare che "l'imputato risulta possedere, per ciascuno dei polimorfismi esaminati, almeno uno se non tutti e due gli alleli che, in base a numerosi studi internazionali riportati sinora in letteratura, sono stati riscontrati conferire un significativo aumento del rischio di sviluppo di comportamento aggressivo, impulsivo. In particolare, l'essere portatore dell'allele a bassa attività per il gene MAOA (MAOA-L) potrebbe rendere il soggetto maggiormente incline a manifestare aggressività se provocato o escluso socialmente". E, proprio in base a questi risultati peritali, il giudice d'appello conferma la valutazione di parziale incapacità di intendere e di volere, ma applicando la diminuzione di pena consentita dall'art. 89 c.p. nella misura massima; COLLICA M.T., *Gli sviluppi delle neuroscienze*, cit., 16-17; App. Trieste, 18 Settembre 2009, n.5, in *Riv. pen.*, 2010, 70 ss.

del dichiarante. Quanto al divieto di cui all'art. 220.2 c.p., si è sostenuto che la perizia o consulenza che s'avvalga di tecniche neuroscientifiche non potrebbe essere esclusa dal processo in forza dell'art. 220 c.p.p., nella misura in cui essa sia rivolta non già ad accertare la personalità o il carattere dell'imputato, cioè le caratteristiche psichiche e le modalità di comportamento tendenzialmente fisse e irriducibili dell'individuo, ma la sua disposizione psicologica o comportamentale temporanea, e quindi il modo, storicamente circoscritto, con cui il soggetto si pone in relazione al suo comportamento. Invece, per quanto riguarda gli artt. 188 e 189 c.p.p., per il primo, la regola è che non possono essere utilizzati, neanche con il consenso dell'imputato, metodi o tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. Si tratta di un limite assoluto all'ammissibilità di mezzi, strumenti e procedure che contrastano con il principio della libertà della persona. Ora, questo non sembra essere il caso delle tecniche neuroscientifiche, come per esempio, la tecnica di *neuroimaging*, che fotografa il pensiero senza interferirvi. L'art. 188 c.p.p. invece, parla proprio di una vera e propria interferenza; mentre, con riferimento all'art. 189 c.p.p., il legislatore ha lasciato aperta la porta a nuovi strumenti probatori in linea con le nuove acquisizioni scientifiche e tecnologiche, senza però che questi si sovrappongano alle prove tipiche, ed infatti le neuroscienze hanno proprio la funzione di contribuire, completando il quadro probatorio. Quindi, a fronte di quanto appena detto, tali divieti, con riferimento alle tecniche neuroscientifiche, risultano non pertinenti e superabili<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> Art. 220 c.p.p. Oggetto della perizia: 2. "Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità

Invece, per quanto riguarda il fronte neuroscientifico, il problema riguarda l'affidabilità delle neuroscienze<sup>198</sup>. Si pensi, per esempio: al rischio di attivazione di strategie di aggiramento da parte del soggetto sottoposto ad esame con le tecniche neuroscientifiche; all'originaria predisposizione di alcune tecniche per rilevare differenze tra gruppi, e

---

*psichiche indipendenti da cause patologiche*". Poi ancora, l'art. 64 c.p.p. Regole generali per l'interrogatorio: 2. "Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti". L'art. 188 c.p.p. Libertà morale della persona nell'assunzione della prova, dispone: 1. "Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti". Ed infine, l'art. 189 c.p.p. Prove non disciplinate dalla legge prevede: 1. "Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova"; BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 285. Questi divieti, in passato, hanno già ostacolato l'accesso nel processo penale a metodi e strumenti di prova, come il poligrafo (un'apparecchiatura in grado di registrare ed amplificare la variazione di alcuni parametri fisiologici del dichiarante: la pressione arteriosa, il ritmo respiratorio, il battito cardiaco e la sudorazione palmare), la narcoanalisi (eseguibile con somministrazione per via endovenosa lenta di barbiturici uniti e psicostimolanti del tipo anfetaminico) e l'ipnosi. Tali divieti risultano ora non pertinenti o comunque superabili. Per quanto riguarda l'art. 220.2 c.p.p.: SAMMICHELI L. e SARTORI G., *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 277-278; GRANDI C., *Neuroscienze e capacità di intendere e di volere*, cit., 27. Per quanto riguarda gli artt. 188 e 189 c.p.p.: GRANDI C., *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*, in *Giur. it.*, 2019, 181-182. L'autore evidenzia come alcune opinioni dottrinali hanno manifestato dubbi sulla compatibilità degli accertamenti neuroscientifici espletabili in sede di perizia psichiatrica con i divieti sanciti dagli artt. 188 e 189 c.p.p., che colpiscono i metodi e le tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o sulla libertà morale dell'individuo; divieti, tra l'altro, la cui applicazione non sarebbe esclusa neanche dall'eventuale consenso manifestato dall'interessato. Invece, altre voci hanno espresso diverso avviso, ritenendo non soltanto che gli accertamenti in questione non ricadrebbero nell'ambito applicativo dei divieti appena citati, ma anche che potrebbero essere eseguiti anche senza il consenso dell'imputato. Inoltre, "proprio in quanto funzionali in ultima analisi all'accertamento di una condizione patologica, non pare che le indagini neuroscientifiche rientrino nel fuoco del divieto di cui all'art. 220.2 c.p.p."

<sup>198</sup> BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 285. Gli autori evidenziano che anche con riferimento alle neuroscienze si riproporrebbero tutte le controversie e tutti i dubbi circa le modalità ed i limiti di introduzione, nel processo penale, di un sapere extragiuridico capace di consentire al giudice di superare la sua "legittima ignoranza" in ambito scientifico; RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali*, cit., 363-364. È stato contestato il valore delle tecniche neuroscientifiche diffidando della capacità delle stesse di fornire una spiegazione univoca e dettagliata dell'efficienza causale del disturbo mentale sulla deliberazione criminosa. Le neuroscienze apporterebbero un contributo di natura esclusivamente descrittiva, considerando che i risultati positivi avuti in sede sperimentale sono stati spesso, il frutto di distorsioni emotive dei pazienti, affetti da una certa deferenza verso le macchine e gli strumenti neuro-scientifici. Ma, una critica più rilevante, riguarda il fatto che le neuroscienze sarebbero caratterizzate da un tasso di errore molto variabile, contrastando quindi, con i criteri *Daubert* della conoscenza e marginalità del tasso di errore.

non invece, per analizzare lo stato del singolo; alla non adeguata maturità di alcune tecniche; al fatto che l'indagine neuropsicologica, di solito, avviene in condizioni che poco o nulla hanno a che fare con quelle "naturali" in cui si è verificato il reato; infine, le perizie neuroscientifiche cliniche presentano lo stesso limite di cui soffrono tutte le indagini sulle capacità mentali dell'imputato, infatti, esse sono in grado di fornire un'analisi del comportamento e del cervello dell'imputato nel momento attuale, ma non nel momento in cui avrebbe commesso il fatto di reato.

Anche da questo punto di vista, ci sono state alcune sentenze che hanno manifestato la diffidenza verso le scienze neuroscientifiche. Tra queste, in particolare due: il caso Mattiello (Trib. Venezia, 24.1.2013) ed il caso Panuccio (Cass., Sez. I, 2.10.2012). Nel primo caso, il ricorso alle tecniche neuroscientifiche, di cui si erano avvalsi i consulenti della difesa, non faceva emergere, ad avviso del giudicante, elementi sui quali fondare una valutazione di carente o ridotta capacità di intendere e di volere, poiché le correlazioni suggerite dalla difesa tra patologie cerebrali a carattere organico e lo sviluppo di comportamenti sessualmente devianti erano state ritenute "non collocate entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso" in quanto dotate di riscontro in un numero assai limitato di casi, e venne pure esclusa l'affidabilità del *test Aiat* che era stato utilizzato ai fini della valutazione della capacità di intendere e di volere. Mentre, nel secondo caso, a seguito del triplice omicidio compiuto dall'imputato, dopo che il giudice di primo grado aveva concluso solo per un vizio parziale di mente, la difesa, in appello, chiese una rivalutazione della capacità di intendere e di volere, anche mediante tecniche di *neuro-imaging* e di genetica comportamentale, per spiegare le ricadute del trauma subito

dall'imputato in età adolescenziale sulla capacità di intendere e volere. Tuttavia, il giudice d'appello respinse tale richiesta, condivisa peraltro anche dalla Corte di Cassazione, poiché in primo luogo, si contano pochissimi precedenti, ed in secondo luogo, vi sarebbe una scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> **Per il caso Mattiello:** BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 280, 285-286. In questo caso, il pediatra in servizio presso l'ambulatorio di un asilo per bambini, veniva condannato per violenza sessuale aggravata e produzione di materiale pedopornografico, in quanto risultava accertato che durante diverse visite alle bambine dell'asilo commetteva abusi sessuali sulle stesse, riprendendo, con la sua macchina fotografica digitale, le relative scene. Durante il processo, i consulenti della difesa avevano sottoposto l'imputato a risonanza magnetica cerebrale, da cui è emerso che vi era la presenza di una grave patologia tumorale (*cordoma clivus*), successivamente asportata in via chirurgica, la quale a parere dei consulenti, avrebbe esercitato una pressione sul lobo frontale, determinando quindi, l'orientamento pedofilo dell'imputato. Sempre dai consulenti della difesa, l'imputato venne sottoposto all'esame del ricordo autobiografico (*aIAT*), all'esito del quale emerse che l'insorgenza nell'imputato del desiderio sessuale verso i minori sarebbe coincisa, dal punto di vista cronologico, con il periodo in cui il tumore aveva esercitato la sua massima pressione sul lobo frontale. Tuttavia, sulla base della perizia d'ufficio, il giudice esclude la rilevanza di tali emergenze, nonché la stessa affidabilità del *test aIAT*, ai fini della valutazione della capacità di intendere e di volere dell'imputato (Trib. Venezia, 24 Gennaio 2013, Mattiello); GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit. 224-232. In relazione al caso Mattiello, i consulenti tecnici di parte ritenevano che fosse possibile stabilire una correlazione tra il *cordoma* del *clivus* e l'orientamento pedofilo repentinamente maturato dall'agente, in poche parole, l'effetto compressivo sulle strutture cerebrali dovuto all'aumento di volume della massa tumorale avrebbe determinato un effetto combinato tra l'impulso prepotente ed irresistibile e l'impossibilità di comprendere la censurabilità sociale del proprio comportamento, il quale avrebbe comportato nell'agente l'impossibilità di fare altrimenti, quindi di autodeterminarsi ed in ultima analisi il vizio totale di mente. Ma, a conclusioni opposte è giunta la perizia disposta dal giudice. *In primo luogo*, si è evidenziato che la correlazione tra patologie cerebrali a carattere organico e orientamento pedofilo trova ad oggi riscontro in un numero assai limitato di casi, trattandosi di ipotesi suggestiva, ma non sufficientemente affidabile (quindi, l'opinione dei consulenti non era collocata entro l'essenziale sfondo del sapere condiviso); *in secondo luogo*, il giudice ha riscontrato il netto disaccordo tra consulenti di parte e periti circa l'effetto compressivo esercitato dal *cordoma*; *in terzo luogo*, alcune delle metodiche usate dai consulenti difensivi nei test psicodiagnostici sono state considerate non pienamente attendibili, in quanto tutt'ora in fase sperimentale (con specifico riferimento ai test sulla memoria autobiografica); *in quarto luogo*, non è stata ritenuta sufficientemente comprovata l'allegazione difensiva secondo cui dopo l'intervento chirurgico ablativo, l'interesse morboso nei confronti dei minori da parte dell'imputato fosse cessato, così da dimostrare la correlazione tra la comparsa della massa tumorale e l'insorgenza delle pulsioni pedofile; *in quinto luogo*, si è rilevato che la dottrina scientifica ha escluso che la pedofilia, per quanto sia un disturbo della personalità, possa integrare una vera e propria infermità rilevante per la capacità di intendere e di volere; ed infine, *in sesto luogo*, il complesso dei disturbi indicato dai consulenti, non giungono alla soglia di un disturbo penalmente rilevante, quindi è stato riconosciuto che l'imputato fosse all'epoca dei fatti pienamente capace di intendere e di volere. **Per il caso Panuccio:** BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale*, cit., 280. Gli autori evidenziano un altro caso in cui le neuroscienze non hanno avuto un contributo rilevante, proprio a causa della loro non affidabilità. Il caso riguarda il triplice omicidio commesso dall'imputato ai

Peraltro, negli ultimi anni, si è assistito ad alcuni equivoci provocati da una forse frettolosa trasposizione nel contesto giudiziario degli studi condotti nell'ambito delle neuroscienze. Infatti, sulla base di ricerche effettuate ad uno studio ancora sperimentale, si è ritenuto possibile ravvisare un diretto nesso di correlazione tra le caratteristiche genotipiche di determinati individui ed il loro comportamento aggressivo, aderendo alla tesi per cui alcune varianti genetiche predisporrebbero all'aggressività in circostanze stressanti. Di fatto, tale ricerca non ha ancora ottenuto un riconoscimento di indiscussa validità dal punto di vista clinico. E, analoga considerazione potrebbe essere riproposta con riferimento alla tesi relativa la presunta connessione tra la lesione dei lobi frontali e la sussistenza di istinti criminali, poiché questi ultimi, si è ritenuto, spesso sono la causa di impulsi aggressivi. Anche in questo caso, si è notato che non tutti i soggetti che hanno subito simili lesioni si sono poi resi responsabili di atti violenti<sup>200</sup>.

---

danni del fratello e della di lui famiglia. Nel procedimento di merito, l'unico profilo dubbio atteneva alla sua capacità di intendere e di volere, oggetto di consulenze e perizie divergenti. Il giudice di primo grado, accogliendo la valutazione del perito, che aveva formulato una diagnosi di disturbo *borderline* di personalità, con una condizione depressivo-ansiosa e reattiva ad esso sovrapposta, concludeva solo per il vizio parziale di mente. In appello, la difesa chiese una rivalutazione della capacità di intendere e di volere, anche in base ad una consulenza che utilizzasse tecniche neuroscientifiche, in modo particolare, *neuro-imaging* e genetica comportamentale, per spiegare le ricadute del trauma subito dall'imputato in età adolescenziale sulla sua capacità di intendere e di volere. Questa richiesta venne respinta dal giudice di appello con argomenti che alla fine anche la Cassazione confermò, giacché le neuroscienze "possono vantare isolate applicazioni nel campo giudiziario, sintomo questo di una inadeguata verifica da parte della comunità scientifica nel settore cui si ha riguardo", tanto più che "oltre ad una scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto, la Corte d'appello non ha mancato di rilevare come detto tipo di indagine avrebbe potuto avere un esito se solo fossero state riscontrate in capo all'imputato anomalie di tipo genetico, od organico" (Cass., Sez. I, 2 Ottobre 2012, Panuccio, n. 43021); GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 198-203. In relazione al caso Panuccio, la Cassazione riconosce la scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto. Secondo i giudici di legittimità, la scarsa affidabilità del parametro scientifico proposto dovrebbe essere desunta dal fatto che esso risulta allo stato scarsamente applicato.

<sup>200</sup> RIVELLO P., *L'imputabilità e l'infermità mentale*, cit., 432-433. Per quanto riguarda la prima ricerca, gli esperti che sono stati chiamati a fornire il loro ausilio tecnico durante questi procedimenti avevano sottolineato come, essendo gli imputati portatori di allele a bassa attività per il gene MAO-A, essi risultavano maggiormente inclini a manifestare aggressività, quando

Alla luce di queste ricerche neuroscientifiche, oltre al fatto che hanno suscitato critiche fra gli stessi studiosi di genetica umana, essendo stato evidenziato un difetto di comprensione da parte del mondo giuridico, è stato poi osservato che queste ricerche non hanno ancora ottenuto un riconoscimento in termini di indiscussa validità dal punto di vista clinico e non dovrebbero per questo, ancora essere utilizzate in ambito giudiziario. Pertanto, i fattori volti a predisporre a determinate condotte non possono essere considerati alla stregua di una sorta di “tara” genetica volta ad annullare la volontà dell’individuo, poiché non si deve cadere nell’errore consistente nell’accettazione di criteri deterministici da cui inferire automaticamente che ad una certa alterazione morfologica del cervello conseguono certi comportamenti e non altri<sup>201</sup>. A causa quindi della loro inaffidabilità, le ricerche ed i contributi neuroscientifici dovranno essere sottoposti ai già menzionati criteri di *Daubert*, al fine di ottenere un accertamento certo, o per lo meno, altamente probabile, dell’infermità.

Se, vi è un utilizzo ancora contenuto delle neuroscienze nel processo penale, questo è dovuto a molteplici ragioni, tra cui: i costi ancora elevati legati all’uso delle tecniche di indagine e l’attuale scarsa familiarità dei protagonisti del processo penale con prove empiriche.

---

provocati o esclusi socialmente, per una sorta di “vulnerabilità genetica”, che li rendeva particolarmente vulnerabili in presenza di situazioni stressanti. Il gene MAO-A appare infatti, responsabile della produzione di un enzima legato all’aggressività, influenzando sui livelli dei neurotrasmettitori come la dopamina e la serotonina, collegati al comportamento ed all’umore; FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 378-379. Con riferimento alla seconda ricerca, grazie alle tecniche di *neuroimaging* si sarebbe in grado di individuare le componenti neurobiologiche del comportamento decisionale e comportamentale di tipo automatico ed involontario. Ed è risultato che nel cervello del soggetto sano ed in quello del soggetto disturbato, queste funzioni opererebbero in modo diverso, per cui il secondo non sarebbe in grado di bloccare le risposte automatiche. E, in conclusione, i soggetti che hanno un lobo frontale mal funzionante sembra possano commettere più facilmente illeciti, anche se non sono esposti ad ambienti sfavorevoli.

<sup>201</sup> RIVELLO P., *L’imputabilità e l’infermità mentale*, cit., 433.

Ma, al di là di questi ostacoli di natura pratica, sull'utilizzo delle neuroscienze nel processo penale incombono ulteriori perplessità di natura eterogenea, riconducibili a tre questioni: l'attendibilità scientifica delle prove in esame; il pericolo che il loro ingresso nel dibattito espanda indebitamente il ruolo dell'esperto a scapito di quello del giudice nella valutazione della prova; il rischio di un uso in *malam partem* delle medesime, specialmente nel giudizio prognostico di pericolosità<sup>202</sup>.

In conclusione quindi, a fronte dell'inaffidabilità delle tecniche neuroscientifiche e di queste ultime criticità, le neuroscienze faticano

---

<sup>202</sup> GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 198-203, 224-232 e 300-309. Per quanto riguarda l'affidabilità o attendibilità, l'ostacolo più rilevante, vi è uno scetticismo dei giudici rispetto all'intrinseca validità scientifica e alla potenziale utilità delle neuroscienze rispetto alle questioni di rilevanza strettamente normativa. Infatti, è stato considerato tutt'altro che pacifico il profilo attinente alla qualità, la caratura scientifica della tecnica impiegata e la certezza dei risultati di queste discipline empiriche. Infatti, "la letteratura scientifica ha messo in guardia circa le insidie sottese al procedimento inferenziale che pretenda di raggiungere a partire dalle immagini cerebrali ottenute con le tecniche in questione conclusioni certe circa la normalità della zona della corteccia esaminata o dell'attività neuronale ivi localizzata. Posto che le immagini in questione si ottengono tramite procedimenti assai complessi, esse si prestano a letture tutt'altro che univoche già per gli esperti delle scienze empiriche, con difficoltà ulteriori per il giudice, normalmente sprovvisto di competenze specifiche al riguardo". Infatti, con particolare attenzione alla risonanza magnetica funzionale, si è evidenziata la scarsa risoluzione temporale dei dati empirici ricavati e si ricorda come le immagini ottenute non siano in realtà fotografie del cervello, ma ricostruzioni grafiche di elaborazioni ottenute attraverso modelli di calcolo matematico. La seconda perplessità riguarda il rischio che vi sia un'erosione del ruolo di *peritus peritorum* che compete al giudice ed una compressione della sua libera discrezionalità nell'apprezzare il valore probatorio degli apporti conoscitivi forniti dall'esperto, la quale rimarrebbe "schiacciata" dall'esibizione di una fotografia di un cervello malfunzionante o morfologicamente anormale. Difatti, i giudici provando una sorta di deferenza verso le macchine e le tecniche neuroscientifiche, rimarrebbero più facilmente "abbagliati" dai pareri degli esperti che si fondano sui risultati delle neuroscienze. Infine, con riferimento al terzo aspetto, gli studi che illustrano la frequenza di malformazioni o disfunzioni dei lobi frontali negli autori di reato violento, e la minore capacità di autocontrollo dei possessori di un certo corredo cromosomico, potrebbe indurre il giudice a ritenere erroneamente, che tutti gli individui dotati di tali caratteristiche posseggano una sorta di predisposizione alla commissione di quel tipo di reati. L'esattezza di una tale correlazione è ovviamente smentita dalla realtà, che dimostra come la maggior parte degli individui affetti da anomalie neurobiologiche non commette reati e come, viceversa, la maggior parte dei delinquenti non sia affetta da tali anomalie.

ad entrare nelle aule di giustizia. Tuttavia, alcune volte come prove atipiche, hanno contribuito a corroborare il quadro probatorio, per giungere ad un accertamento più certo o quanto meno, altamente probabile.

## Capitolo III

### Il trattamento del reo infermo di mente

#### 1. Il sistema del doppio binario

Ora occorre occuparsi del sistema sanzionatorio del nostro codice penale. Anche da questo punto di vista, il legislatore ha ritenuto opportuno operare una distinzione tra soggetto capace e soggetto incapace a norma dell'art. 85 c.p. Tale disposizione impedisce la punizione del soggetto non imputabile, nel senso che quest'ultimo non è sottoponibile a pena. Quando il legislatore utilizza il termine "punire" si riferisce esclusivamente alla sottoposizione a pena, come si può dedurre dalla lettura dell'art. 25 Cost., che separa, in due commi differenti, la punizione in senso stretto dalla sottoposizione a misura di sicurezza<sup>203</sup>. La pena, considerata la sanzione penale per eccellenza, può essere applicata soltanto nei confronti del soggetto capace di intendere e di volere poiché, egli può comprendere la funzione, allo stesso tempo preventiva e rieducativa della medesima. Invece, l'infermo di mente non riuscendo, a causa del suo stato, a cogliere il disvalore del fatto, non riuscirà nemmeno a cogliere la ragione o la funzione dell'applicazione di una pena, sia essa detentiva o pecuniaria, diventando la medesima inutile, o addirittura controproducente, sia come mezzo di prevenzione che di correzione. Il problema maggiore di un trattamento sanzionatorio diverso per i soggetti non imputabili sta

---

<sup>203</sup> Art. 25 Cost: 2. *"Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.*

3. *Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge".*

proprio nel dover conciliare “le condizioni specifiche dei soggetti con le esigenze della massima tutela sociale a fronte della loro pericolosità”<sup>204</sup>.

All’epoca dell’emanazione del codice penale si lamentava la mancanza di un sistema di difesa sociale adeguato contro gli infermi autori di reati, in quanto essi, dopo l’esecuzione di una pena repressiva per niente avvertita a livello soggettivo, erano riammessi a vivere in società senza però prima essere privati di quella pericolosità che scaturisce dal loro particolare stato mentale. E il Codice Rocco, per rispondere a queste esigenze, ha adottato il *sistema* del c.d. *doppio binario*, nel quale la pena cede il passo alla misura di sicurezza nei confronti dei soggetti inimputabili, quest’ultima concepita “non come sanzione giuridica, ma come mezzo di difesa sociale e di prevenzione speciale”<sup>205</sup>. Il meccanismo del doppio binario, risolvendosi in un sistema di rigida difesa sociale che antepone l’obiettivo della tutela della collettività a

---

<sup>204</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 388.

<sup>205</sup> BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente*, cit., 389. Con il sistema del doppio binario si ritenne di aver superato il dissidio tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva. La differenza che separa la Scuola Classica da quella Positiva, è che la prima riduce tutto alla pena e ammette le misure di sicurezza solo come misure di polizia, da affidarsi alla Pubblica Amministrazione, mentre la seconda, sopprime la pena, e riduce tutto a misure di sicurezza. La studiosa riporta il discorso del Ministro di Giustizia: “Noi crediamo che non si possa sopprimere la pena, anzi che la pena debba restare sempre il mezzo fondamentale di difesa della società; ma, accanto alla pena, consentiamo di accogliere nel codice penale le misure di sicurezza. Pena e misure di sicurezza debbono coesistere come due diverse forme di difesa dello Stato nella sua lotta contro la criminalità”; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, 763. L’autore ritiene che di solito si attribuisce all’introduzione della misura di sicurezza nel codice del 1930, il merito storico di aver sanato il conflitto tra la Scuola Classica e la Scuola Positiva, superando le divisioni frutto di anni di aspro dibattito sulla natura e sulle funzionalità della pena. Il fatto di ricorrere ad un nuovo strumento sanzionatorio da utilizzare nella lotta alla crescente criminalità caratteristica della situazione italiana a cavallo tra 800 e inizio 900 era stato pensato e realizzato nei termini del c.d. sistema del doppio binario, cioè della contemporanea presenza nel sistema codicistico della pena e della misura di sicurezza, come strumenti di reazione al delitto legati rispettivamente ai postulati della colpevolezza propria dei classici e della nuova pericolosità sociale propria invece, dei positivisti. Così, mentre alla pena era assegnata e mantenuta la natura di reazione al delitto mirata a perseguire contemporaneamente le funzioni di retribuzione e di prevenzione generale, alla misura di sicurezza veniva attribuita la funzione di prevenzione speciale di recupero sociale del soggetto, mediante una specifica attività di rieducazione o di cura del soggetto socialmente pericoloso, mantenendo comunque un carattere di afflittività.

quello della garanzia dei diritti del singolo, ben si presta ad assecondare l'autoritarismo repressivo dello Stato fascista e ad accreditarne l'immagine di regime forte anche nella lotta alla delinquenza. In questo ambito la misura di sicurezza nasceva come attacco alla pena nella sua concezione retributiva, di cui gli studiosi della Scuola Classica invece, ne esaltavano la posizione centrale, in pratica, esclusiva nel sistema sanzionatorio penale. La scelta del codice invece, sposa in pieno il punto di vista dell'opposta Scuola Positiva. La concezione positivista vede la misura di sicurezza sostituire integralmente la pena, differenziandosi rispetto a quest'ultima soprattutto per "il carattere indeterminato (nel massimo) di tali misure, in quanto subordinate al permanere della condizione di pericolosità sociale ed orientate univocamente a fini sociali difensivi, giammai di risocializzazione"<sup>206</sup>. La diversità della risposta sanzionatoria operata dal legislatore è da ricondurre soprattutto alla diversa funzione che la pena e la misura di sicurezza possiedono nel sistema penale. La pena è legata all'idea di retribuzione rispetto al fatto commesso e alla rieducazione o risocializzazione del condannato; mentre la misura di sicurezza è volta a curare la persona malata e ad eliminare o contrastare la pericolosità che la medesima ha mostrato di avere. In questo senso quindi, la misura di sicurezza avrebbe una duplice funzione: da una parte terapeutica e dall'altra preventiva. Questa differenza di funzione deriva dalla scissione, operata dal legislatore, delle esigenze di retribuzione e

---

<sup>206</sup> MANNA A., *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005, 517; NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 650. Le misure di sicurezza si devono inquadrare nel diritto della prevenzione penale *post-delictum*, in quanto la finalità che con esse il legislatore persegue è quella di combattere il pericolo della recidiva.

prevenzione generale a cui è stata deputata la pena, e l'esigenza di prevenzione speciale a cui è stata deputata la misura di sicurezza<sup>207</sup>.

Nel mezzo si collocano i soggetti semi-imputabili i quali, in conseguenza del loro stato parziale di infermità vedranno prima, applicarsi la pena, e poi la misura di sicurezza, intesa come pena accessoria dalla durata indeterminata, o meglio non revocabile finché *“le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose”* come recita l'art. 207 c.p. in relazione alla revoca della misura di sicurezza.

Un'altra differenza sta nei vincoli costituzionali che pena e misura di sicurezza presentano. L'art. 25.2 Cost. dispone *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*, ed il comma terzo recita: *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*. Lo stesso principio è previsto dall'art. 199 c.p. che prevede: *“nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano*

---

<sup>207</sup> AMISANO M., *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005, 16; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 982. Lo scopo perseguito dal legislatore del 1930 era di modificare il sistema penale alla luce degli orientamenti teorici del XIX secolo propensi a rafforzare la difesa della società mediante l'utilizzo di nuove tipologie di sanzioni volte a contrastare la pericolosità sociale degli autori di reato. Quindi, in questa prospettiva, le misure di sicurezza sono state concepite per svolgere un'opera di tipo special-preventivo perché erano destinate ad eliminare la pericolosità del reo, diversamente dalla pena che invece, era intesa come strumento di prevenzione generale. L'adozione del sistema del doppio binario da parte del Codice Rocco ha permesso di riformare la disciplina generale delle sanzioni mantenendo una continuità con la codificazione penale italiana, che aveva individuato nella pena detentiva la sanzione classica a cui ricorrere e, dall'altra, accogliere le istanze innovatrici che erano state formulate dalla Scuola Positiva; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 869-870. Con l'introduzione delle misure di sicurezza detentive, l'intento del legislatore era quello di riformare il sistema penale in base alle tendenze politico-criminali dell'epoca, che erano favorevoli a potenziare la difesa sociale mediante l'introduzione, accanto alle pene, di nuove misure sanzionatorie volte a neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di rei. Questo è il c.d. sistema del doppio binario. In questo modo, la pena incentrava in sé la funzione retributiva e di prevenzione generale, mentre la misura di sicurezza era volta ad assolvere una funzione special-preventiva, in quanto finalizzata alla rieducazione e alla cura del soggetto specialmente pericoloso.

*espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti”.*

Si può desumere da queste due disposizioni che entrambe sono assoggettate al rispetto del principio di tassatività poiché si tratta di provvedimenti fortemente restrittivi sulla personalità del soggetto<sup>208</sup>, ma non invece a quello di irretroattività della legge penale, a cui soltanto la pena è vincolata. Questa differenza può essere spiegata in base alla funzione della misura di sicurezza, cioè contrastare la pericolosità sociale.

Infatti, l’art. 200.1.2 c.p. dispone che *“Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione”*. Quindi, mentre non può applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato (principio di irretroattività), invece ben si può applicare una misura di sicurezza per un reato per il quale al

---

<sup>208</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 872-873. Dato che anche le misure di sicurezza incidono in senso fortemente restrittivo sulle libertà del singolo, sono sottoposte al *principio di legalità* (artt. 25.3 Cost. e 199 c.p.). Questo principio garantisce che ogni attività di applicazione di misure di sicurezza riceva la sua legittimazione dalla legge, che deve determinare il tipo di misura applicabile ed elencare tassativamente i casi nei quali il giudice può adottarla. Su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 157/1972 che ha riconosciuto come l’intervento del principio di legalità comporta l’esigenza di una completa, tassativa e non equivoca previsione legislativa delle ipotesi di applicabilità delle misure di sicurezza; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 982; SILVA C., *Le misure di sicurezza: disposizioni generali*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale – Parte generale – II – Punibilità e pene. II ed.*, 2018, 481-483. Anche per l’applicazione delle misure di sicurezza, analogamente a quanto previsto per la pena, viene sancito il principio di legalità, poiché si tratta di provvedimenti fortemente restrittivi sulla libertà del soggetto; NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, cit., 651; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 763-764. La prima esigenza di garanzia è la sottoposizione della misura di sicurezza al principio di legalità (art. 199 c.p.). Anche per la misura di sicurezza come per la pena si è voluto inserire la garanzia liberale della previsione normativa della limitazione dei diritti individuali di libertà, motivata dalla necessità di evitare che fosse rimesso all’arbitrio dell’amministrazione. Infatti, come riconosceva lo stesso Guardasigilli dell’epoca, “la gravità dei provvedimenti amministrativi di prevenzione della delinquenza richiede anzitutto nell’interesse non soltanto dell’individuo ma anche e principalmente dello Stato che ogni attività di sicurezza debba trovare nella legge il suo concreto riconoscimento e la sua misura”. Si tratta di una garanzia formale, volta a limitare il potere discrezionale del giudice penale sia in ordine all’applicazione, sia in ordine alla scelta della misura.

momento della commissione del fatto non era prevista alcuna misura od era prevista una misura diversa<sup>209</sup>. Infatti, il momento di valutazione dell'applicazione della misura non è quello della commissione del fatto, ma quello della valutazione della pericolosità del soggetto, fatto proprio al momento applicativo della misura.

---

<sup>209</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 873. Qualche variazione rispetto alla pena si ha a proposito del *principio di irretroattività*. La norma di cui all' art. 200.1.2 c.p. non sta a significare che il giudice possa applicare una misura di sicurezza che prima della commissione del fatto non fosse prevista, ovvero che non fosse prevista per quel fatto: per tale aspetto vige interamente il principio di irretroattività. Significa solo che qualora muti la disciplina della misura di sicurezza dopo la commissione del fatto per il quale essa era e continua ad essere prevista, si applicherà la legge vigente al momento del fatto o della sentenza. La ragione di questa variazione rispetto ai principi che regolano la successione delle leggi incriminatrici, sta nel fatto che, poiché la misura di sicurezza non ha una natura punitiva, bensì di rimedio alla pericolosità del soggetto, si deve presumere che una variazione della disciplina sia dovuta dall'intento di apportare delle migliorie all'efficacia della misura quale rimedio alla pericolosità; SILVA C., *Le misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 482-483. Dall'art. 25.3 Cost. non può farsi discendere il principio dell'irretroattività. Il profilo temporale dell'applicabilità delle m.d.s., si pone in termini dibattuti. L'art. 200 co. 1 e 2 sostanzialmente prevede che nel momento in cui il giudice ordina le m.d.s., deve applicare quella più idonea a neutralizzare la pericolosità attuale dell'individuo, anche se introdotta successivamente. Dalla disposizione di cui all'art. 200.2 c.p. si ricava che se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la m.d.s. è diversa da quella in cui è stata disposta la misura, si applica la legge in vigore al tempo dell'esecuzione. È infatti quest'ultima che prevale sia sulla disciplina vigente al tempo della commissione del fatto che su quella operante al momento dell'applicazione della misura. Da ciò, si può concludere che l'impostazione del codice penale risulta orientata nel senso dell'applicazione del carattere della retroattività alle m.d.s. Questa impostazione trova ragione proprio nel fondamento delle misure stesse, infatti, la pericolosità va valutata in termini di attualità e non con riferimento al momento di commissione del reato, dovendo essere applicata la m.d.s. più idonea per rispondere alla pericolosità sociale al momento della applicazione stessa; NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, cit., 651; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 764. La seconda esigenza di garanzia è costituita dal divieto di retroattività (art. 220.1 c.p.). Tale norma sancisce soltanto apparentemente il principio di retroattività, secondo cui non può applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato, né può applicarsi ad un fatto di reato una misura originariamente non prevista, o diversa da quella prevista in origine. Per tale ragione, non sembra fondata la tesi di chi ha ritenuto che la misura di sicurezza, data la sua natura di rimedio alla pericolosità sociale, possa applicarsi retroattivamente, fermo restando il presupposto della commissione di un fatto di reato, almeno in due ipotesi: sia qualora essa si applichi a un fatto di reato per cui originariamente non era prevista, sia qualora si applichi una misura diversa da quella originariamente prevista. Inoltre, l'art. 200 c.p. ha una funzione ben specifica poiché prende in considerazione l'ipotesi di un mutamento delle modalità esecutive di una misura di sicurezza già legislativamente prevista al momento della commissione del fatto.

## 2. La pericolosità sociale ed il suo accertamento

Per poter applicare una misura di sicurezza devono esserci due fondamentali requisiti, entrambi previsti dall'art. 202 c.p.<sup>210</sup>: 1) il primo, oggettivo, è la commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato; 2) il secondo, soggettivo, è che la persona deve essere considerata socialmente pericolosa<sup>211</sup>. Dalla norma emerge l'irrelevanza dell'imputabilità del soggetto, infatti, la pericolosità sociale è una caratteristica che sia il soggetto capace che quello incapace d'intendere e di volere possono presentare. L'unica differenza sta nel fatto che al soggetto imputabile e socialmente pericoloso verrà applicata la misura di sicurezza in aggiunta alla pena, mentre per il soggetto non imputabile la misura di sicurezza sarà l'unica risposta sanzionatoria da poter applicare.

Poi all'articolo seguente, il codice specifica in base a che cosa una persona si debba considerare socialmente pericolosa: cioè quando abbia commesso uno dei fatti indicati dall'articolo precedente, quindi un reato o un quasi reato nei casi previsti dalla legge, e vi sia la probabilità che il soggetto ne commetta altri. Inoltre, al secondo comma la norma fa

---

<sup>210</sup> Art. 202 c.p. Applicabilità delle misure di sicurezza: 1. *“Le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato.*

2. *La legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”.*

<sup>211</sup> NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, cit., 651-652. I presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza sono due: l'accertamento giurisdizionale che il prevenuto ha commesso un fatto di reato, o di quasi reato, e la pericolosità sociale del soggetto. Dato che si tratta di misure di sicurezza applicabili ai soggetti non imputabili (minori ed infermi di mente) l'accertamento circa la commissione del fatto di reato è contenuto in una sentenza di proscioglimento per incapacità di intendere e di volere dell'imputato. Invece, negli altri casi, cioè quando si tratta di misure di sicurezza applicabili agli imputabili o ai semimputabili, l'accertamento relativo alla commissione del fatto di reato è contenuto in una sentenza di condanna. Per quanto riguarda il giudizio della pericolosità sociale, l'elemento soggettivo, si tratta di un giudizio che concerne la pericolosità del soggetto in rapporto alla probabilità che questo possa compiere atti lesivi di determinati beni della collettività, aventi rilevanza penale.

riferimento all'art. 133 c.p., di cui devono essere utilizzate le circostanze elencate in esso per desumere la pericolosità sociale<sup>212</sup>.

La pericolosità sociale è il fulcro della disciplina delle misure di sicurezza perché costituisce il presupposto fondamentale non soltanto per la loro applicazione, ma anche per la loro revoca, infatti, fino a che la pericolosità sociale non cessa nell'individuo, la misura di sicurezza non può essere revocata.

Riprendendo i due presupposti di cui all'art. 202 c.p. per l'applicazione della misura di sicurezza, cioè, l'avvenuta commissione di un reato e la pericolosità sociale del suo autore, va precisato che per quanto concerne il primo requisito, l'esigenza della realizzazione di un illecito penale, è stato contemplato dal legislatore per soddisfare ineludibili esigenze garantistiche ed evitare che possibili arbitri giudiziari, nell'accertamento della pericolosità sociale, possano comportare la limitazione della libertà personale dell'individuo a prescindere dalla presenza di un dato oggettivo, qual' è, invece, la commissione di un reato. Quindi, questo presupposto è stato introdotto con il fine di contemperare l'esigenza della prevenzione speciale con la tutela della libertà personale dell'autore del fatto<sup>213</sup>; in merito invece, alla c.d.

---

<sup>212</sup> Art. 203 c.p. Pericolosità sociale: 1. *“Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.*

2. *La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133”*; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 983. Con il tentativo di chiarire con quali criteri si deve valutare l'esistenza della pericolosità, la dottrina maggioritaria ha proposto di accertare questo requisito attraverso un giudizio prognostico realizzato mediante l'utilizzo degli indici elencati dall'art. 133 c.p.: natura e modalità dell'azione, gravità del danno e del pericolo cagionato, intensità del dolo, motivi a delinquere e carattere del reo, precedenti penali e giudiziari, condotta e vita del reo antecedenti al reato, condotta contemporanea o susseguente al reato, condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

<sup>213</sup> MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 765. Il requisito della “commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato” assume un ruolo centrale e fondamentale nella disciplina della misura di sicurezza, in quanto svolge un ruolo di limite esterno all'utilizzazione dell'idea della prevenzione e

pericolosità sociale, questo concetto è chiarito dall'art. 203 c.p., che come già evidenziato, prevede che agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati dall'art. 202 c.p., allorché è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. Quindi, per dare una definizione di "pericolosità sociale" dato che è il fulcro centrale della disciplina delle misure di sicurezza, è necessario evidenziare che tale concetto è stato recepito nel senso indicato dalla Scuola Positiva, cioè come la probabilità che un individuo, per le sue particolarità psichiche o per i suoi condizionamenti prodotti dall'esterno, compia in futuro degli illeciti penali<sup>214</sup>.

---

della sicurezza. La necessità della "commissione di un fatto previsto dalla legge come reato" rispecchia certamente un'esigenza liberal-garantista di rispetto dei diritti di libertà del singolo. In altre parole, la consapevolezza che le misure di sicurezza incidono in modo pesante nella sfera di libertà individuale e sono particolarmente afflittive, impone di fissare alcune forme minime di garanzia in grado di eliminare i più grossolani arbitrii legati all'accertamento del requisito della pericolosità sociale.

<sup>214</sup> SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 982-983. Con riferimento al concetto di "pericolosità sociale", l'autore evidenzia che la formula accolta dall'art. 203 c.p. conferma che, ai fini della pericolosità, non è sufficiente la possibilità che si commetta nuovo reato, ma è necessario un "grado elevato di possibilità" di compiere un reato; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 876. Gli autori evidenziano che la categoria della pericolosità sociale è stata recepita dal legislatore del 1930 secondo la specifica elaborazione maturata nell'ambito del positivismo criminologico di fine Ottocento. Ed in questo contesto "la pericolosità sociale viene a coincidere con la probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente, commetta in futuro fatti di reato". In questo modo, "la categoria della pericolosità si discosta nettamente da quella della colpevolezza: a differenza di quest'ultima, che presuppone una sufficiente signoria dell'individuo sulle proprie azioni, la prima riflette al contrario l'insieme delle inclinazioni che spingono il soggetto a delinquere in maniera pressoché necessitata"; PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 40. L'autore ritiene che la pericolosità sociale è definita, in linea con quanto previsto dall'art. 133 c.p., come una tendenza, una capacità, una disposizione a commettere futuri reati. Ma se ci si fermasse qui, si coglierebbe soltanto l'aspetto psichico della pericolosità, che di per sé è insufficiente. Quest'ultima, evidenzia l'autore, necessita di una situazione esteriore in cui estrinsecarsi; AMISANO M., *Incapacità per vizio totale di mente*, cit., 110. La pericolosità sociale deve essere intesa come "un complesso di condizioni, soggettive e oggettive, sotto l'azione delle quali è probabile che un individuo commette un fatto penalmente rilevante, dannoso o pericoloso"; MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini II*, Padova, 2009, 188. Il giudizio di pericolosità consiste in una previsione di futura condotta delittuosa, secondo un criterio, come di fatto recita il codice, di concreta probabilità e non invece, di mera possibilità; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 10. Il concetto di pericolosità sociale si riferisce alla probabilità che un soggetto autore di reato possa reiterare dei reati; MUSCO E., *Misure di sicurezza*,

Un aspetto da tenere in considerazione è che la pericolosità sociale non riguarda soltanto i malati di mente, anzi sono previste dalla legge figure particolari come il delinquente abituale<sup>215</sup>, quello professionale<sup>216</sup>, e quello per tendenza<sup>217</sup>, che non hanno nulla a che vedere con la malattia psichica, ma riguardano sostanzialmente soggetti plurirecidivi. La pericolosità di queste categorie di delinquenti deve essere riconosciuta ed accertata dal giudice, in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.<sup>218</sup>.

Ma, ciò che più interessa in questo elaborato, è la pericolosità sociale e il conseguente trattamento degli infermi di mente. A proposito della pericolosità del malato di mente si affrontano due atteggiamenti contrari: il pregiudizio secondo cui i malati di mente sono particolarmente inclini al delitto, ed il convincimento invece, che nega qualsiasi relazione tra la malattia e il rischio criminale. Il primo pregiudizio era forse più diffuso in passato, soprattutto in epoca positivista, in relazione al determinismo biologico e alle teorie dell'eziologia biologica del crimine e frutto del claudicante sillogismo per cui se la spiegazione di certi delitti è nella malattia, ergo quest'ultima conduce al delitto. Ciò forse era determinato anche dalla

---

cit., 766. L'autore evidenzia che la definizione della pericolosità sociale come probabilità che si commettano nuovi fatti preveduti dalla legge come reato intende raggiungere un duplice obiettivo: da un lato, si vuole evitare che la misura di sicurezza sia applicata solo sulla base di un semplice sospetto che per sua natura è molto soggettivizzato e poco controllabile; dall'altro, si tenta di orientare il processo di valutazione giudiziale della pericolosità, mantenendolo su binari predeterminati e teleologicamente finalizzati.

<sup>215</sup> Art. 103 c.p. Il *delinquente abituale* è "chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto".

<sup>216</sup> Art. 105 c.p. Il *delinquente professionale* è chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporti condanna per un altro reato e che viva abitualmente, anche solo in parte, dei proventi dei delitti.

<sup>217</sup> Art. 108 c.p. Il *delinquente per tendenza* è definito come l'autore di un reato non colposo contro la vita o l'incolumità personale, che riveli una speciale inclinazione al delitto per l'indole particolarmente malvagia.

<sup>218</sup> MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 188.

scarsità di conoscenze e dall'approssimazione delle possibilità terapeutiche, che rendevano meno arginabili le manifestazioni anche comportamentali di talune forme patologiche. A questo primo pregiudizio, si era sostituito il secondo, cioè quello che negava qualsiasi relazione tra malattia e rischio criminale<sup>219</sup>. Oggi forse, si è più inclini al compromesso, ed i dati epidemiologici disponibili dimostrano come i comportamenti aggressivi-violenti incidono maggiormente nei pazienti con disturbi psicotici, disturbi dell'umore, disturbi organici, ma in ogni caso riguardano una stretta minoranza dei soggetti inclusi nei gruppi diagnostici considerati. Da ciò, ne deriva che il pregiudizio alla base dell'equivalenza follia-violenza è basato più sull'incomprensibilità del disturbo di base piuttosto che sulla reale pericolosità dei comportamenti ad esso associati<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002, 105.

<sup>220</sup> MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 189-190; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 19, 23-24. "Il rapporto tra patologia mentale e comportamento violento è da sempre stato oggetto delle riflessioni della comunità psichiatrica e del mondo giuridico, nel tentativo di risolvere il complesso percorso che vuole integrare la garanzia del mantenimento dell'ordine sociale e la tutela della sicurezza della collettività, con adeguati trattamenti sanitari per l'utenza psichiatrica violenta". L'autrice evidenzia che all'inizio del secolo, il trattamento dei pazienti psichiatrici autori di reato aveva risentito dell'assunzione di un'equivalenza tra la malattia mentale e la pericolosità, che aveva comportato, almeno fino al 1978, l'internamento dei soggetti malati di mente in strutture manicomiali in nome della protezione e della sicurezza del reo e della società. In seguito, grazie all'emergere di filoni di ricerca volti a studiare la correlazione tra la malattia mentale e il comportamento violento, si è dimostrato che non c'è una correlazione diretta tra la malattia mentale, intesa in senso aspecifico e la maggiore probabilità di compiere reati, e che la tendenza a delinquere non è statisticamente superiore rispetto alla popolazione generale. Tuttavia, ancora oggi rimane centrale la questione della possibilità di prevedere e gestire il comportamento violento che rimanda all'interrogativo se la violenza sia un comportamento innato o acquisito. Prima della promulgazione ed applicazione della Legge 180/1978, il ricovero coatto a tempo indeterminato nei manicomi si basava sull'esistenza di un giudizio di pericolosità che fondava le scelte cliniche sullo stereotipo concettuale che ogni malato mentale poteva essere potenzialmente pericoloso. E a supporto di questo pregiudizio vi erano le teorie costituzionaliste ed alcuni studi epidemiologici che attestavano la piena connessione tra la patologia mentale e la violenza. Tra questi, è nota la c.d. "Legge Penrose", dal nome dello studioso, il quale mediante le sue ricerche, attestò un inverso rapporto di proporzionalità tra le immissioni di pazienti negli ospedali psichiatrici ed alcuni parametri socio-anagrafici, come: il tasso di mortalità generale, il tasso di natalità, il tasso di omicidi o altri fenomeni criminosi. Penrose aveva osservato che, aumentando il numero di pazienti

A fronte di questa osservazione, ora è opportuno spiegare come la pericolosità sociale dell'infermo di mente viene accertata. Nell'originario impianto codicistico, l'art. 204 c.p. prevedeva una presunzione di pericolosità, in relazione alla gravità del fatto commesso e/o alle particolari condizioni psichiche del soggetto. Quindi, in base all'impostazione del Codice Rocco, la figura del malato di mente era sempre associata a quella di un soggetto pericoloso per sé, ma soprattutto per la società.

Tuttavia, questa situazione è cambiata in seguito a due importanti sentenze della Corte costituzionale del 1982 e del 1983 con cui sono state abolite le presunzioni di pericolosità, rispettivamente per il soggetto prosciolto per vizio totale e per vizio parziale di mente. Infine, la presunzione venne abolita totalmente con la legge 663/1986, la c.d. legge Gozzini, che ha abrogato l'art. 204 c.p. e ha previsto che "tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che

---

ammessi negli ospedali psichiatrici, era stata rilevata una diminuzione della mortalità nella popolazione generale ed una diminuzione della criminalità. Poi altri studi epidemiologici, fondarono le loro analisi sulla prevalenza dei disturbi psichiatrici tra i detenuti e sull'incidenza dei reati nella popolazione degli ospedali psichiatrici. Tuttavia, la studiosa rileva che "oggi sappiamo che la metodologia utilizzata per questi studi risentiva dell'effetto della scelta del campione, preselezionato proprio tra i detenuti degli istituti di pena o degli ospedali psichiatrici, assieme ad un deficitario approfondimento clinico dei soggetti esaminati, che in una generica associazione tra violenza e patologia, non indagava la specificità dei quadri psicopatologici dai quali erano affetti". Quindi poi, ci furono degli studi che dimostrarono la non attendibilità delle previsioni a lungo termine della pericolosità sociale in base alla recidiva dei pazienti dimessi dagli ospedali psichiatrici giudiziari che risultavano sovrapponibili a quelli della popolazione generale, e attestarono la mancanza di un nesso di causalità tra la patologia e il comportamento violento e criminale, tanto che venne dimostrato che i medesimi valori generici che incidono sul comportamento criminale per la popolazione generale, come: genere maschile, giovane età, uso precedente ed abituale di sostanze stupefacenti e/o alcol, condizioni socio-familiari disagiate, valgono anche per la popolazione psichiatrica; BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *dir. pen. cont.*, 2015, 5. L'autore evidenzia che "dai dati statistici emerge che il sofferente psichico non delinque di più della media, tranne un'incidenza un po' più accentuata per quanto riguarda i reati bagatellari, anche se tale maggiore incidenza può, plausibilmente, non essere reale, ma discendere da una minore cifra oscura, essendo il sofferente psichico oggetto di un più accentuato controllo sociale".

colui il quale ha commesso il fatto, è persona socialmente pericolosa”<sup>221</sup>.

E proprio da qui, l'accertamento caso per caso diventa la regola, e il giudice può chiedere al perito la sussistenza di pericolosità, che deve quindi dipendere da cause legate alla malattia. Se il perito non ravvisa alcun tipo di infermità, non dovrà rispondere al quesito sulla pericolosità perché, se quest'ultima non deriva da cause patologiche, non è di sua competenza. Ma, gli psichiatri si trovano in grande difficoltà di fronte alla richiesta del giudice. Il perito è tenuto a pronunciarsi sulla sussistenza o meno dell'infermità in capo ad un soggetto, ma quando il giudice gli chiede se questo soggetto è anche “socialmente pericoloso”, spesso si assiste ad un conflitto di competenza tra il perito e l'organo giudicante. Ciò accade perché il perito si trova in gravi difficoltà, poiché il termine “pericolosità” non ha un'accezione né criminologica, né psichiatrica, ma essenzialmente giuridica. La pericolosità è una nozione elastica, quindi facilmente manipolabile, tanto che sia i criminologi che gli psichiatri, ritengono che il comportamento violento si può predire solo nel breve periodo,

---

<sup>221</sup> Corte cost., 27 Luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1584; con nota di MUSCO E., *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, 1584, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del prosciolto per infermità di mente; Corte cost., 28 Luglio 1983, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 460; con nota di GIURI D., *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte Costituzionale (a proposito della sentenza n. 249 del 1983)*, 460, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 984. Per quanto riguarda l'abolizione della presunzione di pericolosità sociale, vi sono state in particolare due pronunce della Consulta: la sent. 27 Luglio 1982, n. 139, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità della presunzione di pericolosità del prosciolto per infermità di mente; e la sent. 28 Luglio 1983, n. 249, con cui la Corte ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente. Inoltre, vi è stata una riforma radicale da parte della legge n. 663/86, la c.d. Legge Gozzini, che ha previsto l'abolizione di qualsiasi forma di presunzione legale di pericolosità; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 767.

invece nel medio e lungo periodo è assolutamente impossibile<sup>222</sup>. Inoltre, la scienza psichiatrica è un complesso di tecniche empiriche, più che una scienza, quindi non possono essere fatte previsioni se non di tipo statistico e numerose indagini statistiche circa il rapporto tra malattia mentale e comportamento criminale hanno evidenziato come la delinquenza dei soggetti malati non è superiore a quello del resto della popolazione<sup>223</sup>. Dunque, se l'esperto non riesce a fornire un contributo clinico-scientifico al giudizio di pericolosità, questo deriva dal fatto che il concetto di "pericolosità sociale" è stato elaborato in funzione di esigenze di controllo e di repressione, tralasciando la prospettiva terapeutica, che sarebbe invece, l'obiettivo che lo psichiatra

---

<sup>222</sup> MANNA. A., *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002, 12; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 11. Nel caso di infermità psichica, il perito è chiamato dal giudice a specificare se al momento dell'accertamento peritale, la patologia di mente persista e sia tale da rendere la persona socialmente pericolosa. Però, questo giudizio è basato su un criterio di attualità, riferita a quel preciso momento in cui il soggetto viene valutato, quindi non ha un valore previsionale inteso in senso longitudinale; BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 8. L'autore ritiene che la prognosi di pericolosità costituisce un giudizio quasi vaticinante, poiché implica di "chiedere al perito di oggi, sulla base di ciò che è avvenuto ieri, cosa accadrà domani". Un giudizio quindi, in parte scientifico, in parte naturalistico, di predizione percettiva, se non blandamente intuitiva, quindi sfuggente ad un riscontro empirico scientificamente rigoroso.

<sup>223</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 890-891. L'eliminazione della presunzione di pericolosità dell'infermo di mente ha determinato problematico il suo trattamento, in relazione ad un duplice aspetto: da un lato, ne è derivata una maggiore responsabilizzazione dei periti psichiatrici, perché, essendo il loro giudizio determinante al fine della prognosi di pericolosità del malato, essi vengono gravati anche dalle esigenze di difesa sociale. Infatti, nel caso in cui venga disconosciuta la pericolosità, al malato di mente non imputabile non sarà applicabile alcuna sanzione penale, e questo potrebbe comportare problemi di allarme sociale. Dall'altro, allo stato attuale della legislazione, non è prevista alcuna forma di trattamento per il soggetto prosciolto per infermità psichica che sia considerato socialmente non pericoloso. La prospettiva di una maggiore responsabilizzazione è respinta da una parte degli attuali psichiatri forensi, i quali rifiutano un diretto coinvolgimento nel giudizio di pericolosità, sulla base di tre considerazioni: a) si considera scientificamente superata la vecchia equazione malattia mentale-pericolosità sociale; b) l'inidoneità della perizia psichiatrica a fornire al giudice indicazioni che siano sufficientemente certe ed univoche; c) si tende a recuperare la purezza terapeutica della psichiatria, emancipandola da deleghe di controllo sociale; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 771. L'autore evidenzia che il giudice ha affidato, ovviamente, al perito psichiatrico forense, il compito di esprimere il giudizio sulla pericolosità sociale del soggetto autore del reato. Tuttavia, la scienza psichiatrica tende a rifiutare un diretto e decisivo coinvolgimento nel giudizio di pericolosità, *in primis* perché si rifiuta di farsi carico di istanze custodialistiche, considerate giustamente estranee al proprio orizzonte conoscitivo, ma poi anche perché riconosce di non avere a disposizione metodi di predizione sufficientemente affidabili in quanto dotati di credibilità scientifica.

deve perseguire. È per questo quindi, che è necessario cambiare direzione, abbandonando la locuzione “socialmente pericoloso” con quella più adeguata di “bisogno di trattamento”. “Non si vede, quindi, più la necessità di utilizzare una nozione ormai obsoleta e fortemente manipolabile, quale quella di pericolosità sociale, che potrebbe invece essere sostituita con termini certamente più precisi come, in particolare, il c.d. “bisogno di terapia”, che appare anche più in sintonia con la finalità rieducativa della pena, sancita dall’art. 27.3 Cost”<sup>224</sup>. Quindi, essendo che le esigenze di cura devono prevalere su quelle di custodia/controllo e repressione, anche l’accertamento dovrà cambiare<sup>225</sup>. Infatti, da questo punto di vista, gli elementi da cui desumere la pericolosità sociale non saranno più quelli di cui all’art. 133 c.p., poiché questi si mostrano inadatti in quanto sono circostanze prettamente attinenti alla sfera giuridica e non a quella clinica, e quindi, gli indicatori su cui basarsi saranno altri, se si vuole definire la pericolosità in termini di salute psichica, piuttosto che di semplice rischio di recidiva.

Perciò, vi è stata una proposta interessante da parte di un professore di medicina legale, Ugo Fornari, il quale ha sostenuto che al fine di valutare la pericolosità sociale psichiatrica occorre tenere in considerazione sia fattori interni che fattori esterni. Tra i primi ci sono:

---

<sup>224</sup> MANNA A., *L'imputabilità*, in MANNA A., *Imputabilità*, cit., 13; BANDINI T. e GUALCO B., *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002, 29. Gli autori evidenziano che i clinici hanno dimostrato come, in risposta al quesito sulla pericolosità sociale, nella maggioranza dei casi il perito possa fornire solo dei pareri possibilistici, connotati da ampi spazi di incertezze, basati su elementi mutevoli e la maggior parte delle volte non clinici. La proposta di sostituire il vecchio concetto di “pericolosità” con quello, più moderno ed anche più fondato da un punto di vista empirico, del “bisogno di trattamento” è stato fatto proprio dalla recente dottrina ed è stato teorizzato anche nel Progetto Grosso.

<sup>225</sup> FORNARI U. e CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002, 57.

a) la persistenza di quei sintomi che hanno assunto valore di malattia alla luce del reato; b) l'assenza di consapevolezza della malattia; c) il rifiuto o l'avversione per le terapie prescritte, idonee da un punto di vista medico; d) l'eventuale progressione dei disturbi psicopatologici. Mentre, tra i fattori esterni: a) le caratteristiche dell'ambiente familiare e sociale di riferimento; b) l'esistenza e l'idoneità dei servizi psichiatrici della zona in cui il soggetto si trova; c) la possibilità di reinserimento lavorativo; d) il grado di accettazione del rientro del soggetto nel contesto sociale di appartenenza; e) le alternative di sistemazione logistica<sup>226</sup>. Questi ultimi, sono fattori ancora più importanti rispetto a quelli interni, poiché vengono considerati nell'ottica di un corretto svolgimento della terapia in tempi medio-lunghi, con anche la prospettiva di reinserire il malato di mente in società.

---

<sup>226</sup> FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2005, 139-143; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 11-12; MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 191-193. La studiosa ritiene che "l'importanza delle determinanti anche situazionali fa sì che la "prognosi" di pericolosità sia una valutazione bio-psico-sociale, ed obbliga il perito a formularla in base ad una serie di indicatori che Fornari distingue in *interni* ma anche *esterni*, e Manacorda in *intrinseci* ed *estrinseci*". Tra i fattori interni, combinando quanto proposto dai due autori ci sono: la presenza e persistenza di una sintomatologia psicotica florida e riccamente partecipata a livello emotivo, alla luce della quale il reato ha assunto il valore di malattia; l'eventuale episodicità ed occasionalità del disturbo, valutando se il suo esordio o il suo scompensamento siano stati causati o agevolati da circostanze esterne e se poi queste ultime siano eccezionali o meno; l'evoluzione del disturbo; l'incidenza del disturbo nella commissione del reato; l'attuale grado di capacità di rielaborazione critica, da parte del soggetto, della pregressa condotta delittuosa; concorrenza di comorbidità e doppia diagnosi; assente consapevolezza di malattia; non accettazione o scarsa accettazione delle terapie prescritte; mancata o inadeguata risposta a quelle praticate, purchè adeguate sotto il profilo qualitativo del *range* terapeutico, ed effettivamente somministrate; intrinseca curabilità del disturbo; presenza di segni di disorganizzazione cognitiva ed impoverimento ideo-affettivo e psico-motorio che impediscono un compenso accettabile ed affidabile. Per quanto poi riguarda gli indicatori esterni, Fornari ritiene che questi sono molto importanti dal momento che genesi e dinamica della malattia mentale sono di tipo multifattoriale e circolare. Secondo Fornari, gli indicatori esterni da tenere in considerazione, sono quelli già citati sopra, mentre per Manacorda, fattori estrinseci rassicuranti possono essere: la sussistenza di risorse economiche, abitative, lavorative; la disponibilità della rete familiare e/o sociale di supporto; nel caso di carenza di queste risorse, la concreta possibilità della loro acquisizione o del loro incremento; l'esistenza, l'accessibilità e l'efficacia di presidi socio-sanitari deputati alla cura dei disturbi psichici nella zona di residenza del soggetto.

In questo modo, ci sarebbe anche un cambiamento nell'ambito dei ruoli e delle competenze. Infatti, lo psichiatra si occuperà soprattutto dell'accertamento di pericolosità sociale, in termini di salute psichica, perseguendo in questo modo, l'obiettivo di cura, invece il giudice diventa l'unico soggetto competente in merito all'accertamento della pericolosità sociale, servendosi delle indicazioni di cui all'art. 133 c.p. All'interno del processo, il perito deve limitarsi a fornire dati tecnici, descrivere la condizione clinica, le caratteristiche del disturbo e delle possibili evoluzioni, produrre dati statistici sulla prognosi, indicare le possibilità terapeutiche. Poi, sarà del giudice la responsabilità di formulare il giudizio di pericolosità, che è un giudizio giuridico e non clinico, tenendo però in considerazione, oltre agli elementi di sua competenza di cui all'art. 133 c.p., utilizzati anche ai fini della commisurazione della pena (gravità del reato, i precedenti, le circostanze, le modalità del fatto, l'allarme sociale), anche i dati psichiatrici<sup>227</sup>. Infine, sarà lo stesso concetto di pericolosità sociale psichiatrica ad essere abbandonato e sostituito con quello di necessità di cure e di assistenza specialistica (o di trattamento)<sup>228</sup>. Il Progetto Grosso infatti, ha recepito il suggerimento di sostituire al concetto di pericolosità quello del "bisogno di trattamento", o di cura, di terapia. Questo perché, in dottrina è diffusa la proposta di sostituire al criterio della pericolosità, considerato di dubbio fondamento empirico, quello del "bisogno di trattamento". La proposta permetterebbe soprattutto, di venire incontro alle istanze degli psichiatri, i quali si sentono sempre più insofferenti nei confronti di una funzione di controllo sociale, o

---

<sup>227</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in MANNA A., *Imputabilità*, cit., 108; MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 194-195.

<sup>228</sup> FORNARI U. e CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, cit., 59.

almeno di solo controllo sociale neppure affiancato da quella loro più congeniale della terapia. Inoltre, il concetto di “bisogno di trattamento” è un concetto che può essere reso più articolato e raffinato di quello di “pericolosità”, e comporta una serie diversificata di soluzioni terapeutiche che consentirebbe di indirizzare meglio le cure, ed eviterebbe quella promiscuità fra patologie anche molto diverse tra loro che ora si verifica in o.p.g., e che, si riscontrerebbe qualora la riforma del codice penale inserisse anche le anomalie fra le condizioni idonee ad intervenire sull'imputabilità. Poi, il “bisogno di trattamento” non lascerebbe sguarnita l'esigenza della difesa sociale, poiché dichiarando che un soggetto non è imputabile, sarebbe come dire: non lui ha agito, ma la sua malattia ha agito per lui. Quindi, la miglior arma preventiva sarebbe quella terapeutica, volta a rimuovere o almeno cercare di rimuovere la causa. Infine, sostituire al termine “pericolosità” quello di “bisogno di trattamento”, significa abbandonare definitivamente i vecchi pregiudizi positivisticici della malattia mentale, e promuovere una cultura che considera il malato sempre meno “alienato”, e se anche non uguale all'individuo sano, comunque portatore di diritti<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità*, in MANNA A., *Imputabilità*, cit., 112-114; MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato*, cit., 195-196; COLLICA M.T., *Prospettive*, cit., 898.

### 3. Le misure di sicurezza personali detentive

Dopo che il giudice, con il contributo del perito, ha accertato la pericolosità del soggetto autore del reato, non imputabile o semi-imputabile a causa di un'infermità psichica, dovrà applicare una misura di sicurezza. Quest'ultima è volta ad eliminare la c.d. pericolosità sociale dell'autore di illecito penale, e viene definita dalla dottrina come sanzione (da assumere con il rispetto delle garanzie giurisdizionali) attraverso la quale lo Stato persegue l'obiettivo di realizzare una difesa sociale anticipata, sottoponendo determinati soggetti imputabili, ma in questo caso, non imputabili o semimputabili, alla privazione o restrizione della libertà personale a causa della loro pericolosità<sup>230</sup>.

Le due misure di sicurezza personali detentive utilizzate per i condannati ad una pena diminuita per infermità psichica e per i soggetti inimputabili affetti da infermità psichica sono, rispettivamente, *l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia* ed *il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario*, sostituito poi dalle r.e.m.s. (Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza). Quella più grave e allo stesso tempo controversa è quest'ultima.

---

<sup>230</sup> SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 982; GIANNELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità*, cit., 12. Le misure di sicurezza, introdotte nell'ordinamento penale italiano con il Codice Rocco del 1930, si distinguono in personali e patrimoniali. Le misure personali a loro volta si distinguono in detentive e non detentive. Le prime, a loro volta, distinguono se: i soggetti sono semi-imputabili, in questo caso verranno assegnati ad una casa di cura e di custodia (artt. 219-221 c.p.); non imputabili, i quali verranno assegnati ad un ospedale psichiatrico giudiziario (divenuto nel tempo, residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza); o imputabili, per questi ultimi sono previste l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro per i delinquenti abituali, professionali e per tendenza (artt. 216-218 c.p.) e ricovero in un riformatorio giudiziario per il minore di 18 anni imputabile o no (artt. 223-226 c.p.). Invece, le misure non detentive sono: la libertà vigilata (artt. 228-232 c.p.); il divieto di soggiorno in uno o più comuni, o in una o più province (art. 233 c.p.); il divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche (art. 234 c.p.); l'espulsione dello straniero dallo Stato (art. 235 c.p.).

### **3.1. Il trattamento del soggetto seminfermo di mente: l'assegnazione a una casa di cura e di custodia**

L'assegnazione a una casa di cura e di custodia, è disciplinata negli artt. 219 ss. del c.p.<sup>231</sup>, e nelle intenzioni del legislatore mira ad un trattamento sanzionatorio ben specifico, in primo luogo, per **soggetti semimputabili socialmente pericolosi**, da eseguirsi in aggiunta alla pena detentiva e, di regola, dopo che tale pena sia stata scontata o si sia altrimenti estinta, a meno che il giudice, considerate le particolari condizioni di infermità psichica del condannato, disponga che il ricovero venga eseguito prima che sia iniziata o abbia termine l'esecuzione della pena (art. 220.1 e 2 c.p.)<sup>232</sup>.

Le finalità di questa misura dovrebbero essere la cura ed il trattamento dello stato di pericolosità e delle cause che sono all'origine della diminuzione della capacità d'intendere e di volere: nella logica del legislatore, la commissione di gravi reati esige una misura integrativa

---

<sup>231</sup> Art 219 c.p. Assegnazione ad una casa di cura e di custodia: 1. *“Il condannato, per delitto non colposo, a una pena diminuita per cagione di infermità psichica, o di cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per cagione di sordomutismo, è ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore a un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione.*

*2. Se per il delitto commesso è stabilita dalla legge la pena dell'ergastolo, ovvero la reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni, la misura di sicurezza è ordinata per un tempo non inferiore a tre anni.*

*3. Se si tratta di un altro reato, per il quale la legge stabilisce la pena detentiva, e risulta che il condannato è persona socialmente pericolosa, il ricovero in una casa di cura e di custodia è ordinato per un tempo non inferiore a sei mesi; tuttavia il giudice può sostituire alla misura del ricovero quella della libertà vigilata. Tale sostituzione non ha luogo, qualora si tratti di condannati a pena diminuita per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti.*

*4. Quando deve essere ordinato il ricovero in una casa di cura e di custodia, non si applica altra misura di sicurezza detentiva”.*

<sup>232</sup> MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 770-771. Con riferimento all'art. 220.2 c.p., la misura detentiva personale della casa di cura e di custodia può, in via eccezionale, essere applicata prima dell'esecuzione della pena se il giudice lo ritiene opportuno, tenuto conto delle particolari condizioni di infermità psichica del condannato, per impedire che l'immediata esecuzione della pena possa ulteriormente aggravarne le condizioni psichiche: il profilo terapeutico della misura ha avuto la meglio sulle istanze di natura custodialistica.

della pena, in grado di liberare il soggetto dai suoi impulsi delinquenziali di origine patologica<sup>233</sup>. Quindi, nella sua fisionomia legale questa misura è un ibrido di istanze curative e custodialistiche.

In realtà, l'istituzione della casa di cura e di custodia non è mai venuta ad esistenza, poiché si trattava di reparti degli ospedali psichiatrici giudiziari, dei quali condivideva le gravi disfunzioni. Inoltre, il regime della casa di cura e di custodia era praticamente indifferenziato per le varie categorie di ricoverati. Poi, la funzione curativa era relegata in secondo piano, così anche la casa di cura e di custodia rappresentava un mero duplicato del carcere, volto a soddisfare esigenze di neutralizzazione e di difesa sociale<sup>234</sup>. Infine, la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, disposta dal d.l. 22 Dicembre 2011, n. 211, convertito in l. 17 Febbraio 2012, n. 9, e realizzata il 31 Marzo 2015, ha fatto venire meno la finzione relativa alle case di cura e di custodia: secondo il tenore letterale della disposizione, “le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell’assegnazione a casa di cura e di custodia, sono eseguite esclusivamente all’interno delle strutture sanitarie designate come residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (r.e.m.s.)<sup>235</sup>”.

Come già anticipato, i primi destinatari della casa di cura e di custodia sono soggetti semimputabili, cioè soggetti la cui capacità di intendere o di volere al momento del fatto era “grandemente scemata”; poteva trattarsi quindi, del condannato per delitto non colposo ad una pena

---

<sup>233</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 849.

<sup>234</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 849; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 771. L'autore evidenzia che in realtà, la casa di cura e di custodia non è mai esistita come autonoma misura di sicurezza, ma soltanto come “sezione-reparto” annessa al manicomio giudiziario, di cui ha così anche condiviso la degradante ed allucinante esperienza delle istituzioni totali.

<sup>235</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 850.

diminuita a causa di: a) infermità psichica; b) cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti; c) sordomutismo.

Con riferimento all'infermità psichica, l'art. 219.1 c.p. esclude l'applicabilità di questa misura ai disturbi mentali di carattere occasionale e transitorio determinati da infermità fisica, come per esempio, lo stato delirante determinato da eccesso febbrile, prodotto da un'infezione polmonare<sup>236</sup>.

La legge prevede come durata minima del ricovero in una casa di cura e di custodia: a) un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione; b) tre anni, quando la pena è quella dell'ergastolo o quella della reclusione non inferiore nel minimo a dieci anni; c) sei mesi, se si tratta di un altro reato punito con pena detentiva (delitto doloso punito con la reclusione inferiore nel minimo a cinque anni, delitto colposo o contravvenzione punita con

---

<sup>236</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 850; BRUSEGAN C., *Le misure di sicurezza: misure di sicurezza personali*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale - Parte generale - II - Punibilità e pene. II ed.*, Padova, 2018, 498-499. Discusso è il valore da attribuire al concetto di infermità psichica. Secondo la dottrina e la giurisprudenza più risalenti, questa nozione ai sensi dell'art. 219 c.p. dovrebbe essere tenuta distinta da quella ex art. 89 c.p., e quindi andrebbe letta in modo restrittivo, comprendendo disturbi strettamente collegati ad infermità psichiche, senza ricomprenderne altri di natura occasionale o derivanti da cause fisiche. Invece, secondo l'orientamento più recente, la nozione di infermità psichica di cui all'art. 219 c.p. corrisponde a quella ex art. 89 c.p., quindi anche una disfunzione fisica potrebbe determinare un'alterazione psichica tale da portare ad infermità. Peraltro, la questione riguardante il significato da attribuire al concetto di infermità di mente non assume una rilevanza pregnante stante la necessità di accertare in concreto la pericolosità del soggetto da sottoporre alla misura, difatti in seguito alla declaratoria di incostituzionalità e all'abrogazione legislativa della presunzione di pericolosità, il ricovero in una casa di cura e di custodia del soggetto seminfermo psichico deve necessariamente essere preceduto da un accertamento da parte del giudice della sua effettiva pericolosità sociale; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 887-888; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 770. La nozione di "infermità psichica" viene interpretata in due diversi modi. In base ad un primo indirizzo, il concetto di infermità psichica è più ristretto rispetto al concetto generale di infermità accolto in sede di disciplina dell'imputabilità dagli artt. 88 e 89 c.p., dal momento che quest'ultima ricomprende anche disturbi mentali sicuramente transitori, non comportanti il pericolo di nuovi delitti e la conseguente necessità di sottoporre l'imputato a misure di sicurezza. Mentre, in base ad un secondo indirizzo, l'interpretazione sistematica indurrebbe a concludere nel senso della piena identità delle due nozioni, essendo indifferente la differenziazione tra infermità fisica ed infermità psichica, poiché per escludere o ritenere scemata l'imputabilità, qualunque affezione patologica deve essersi tramutata in una alterazione della sfera intellettuale, affettiva e volitiva, tale da poter comunque essere considerata infermità psichica.

l'arresto). Nei casi di cui alla lettera c), il giudice può sostituire alla misura del ricovero in casa di cura e di custodia la misura della libertà vigilata<sup>237</sup>, a meno che si tratti di condannati a pena diminuita per intossicazione cronica da alcool o da stupefacenti<sup>238</sup>.

La casa di cura e di custodia non è compatibile con altra misura di sicurezza detentiva. La ragione di questa esclusione risiede nel fatto che le altre misure attuano la finalità della custodia, ma non tendono alla cura dell'internato<sup>239</sup>.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 249/1983 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 219 c.p., nella parte in cui non subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica, al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla medesima infermità, al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 893-895. La libertà vigilata (artt. 228-232 c.p.) è una misura di sicurezza personale non detentiva che consiste in una limitazione della libertà personale del soggetto mediante un complesso di prescrizioni a contenuto positivo o negativo, volte ad impedire il compimento di nuovi reati ed a facilitare il reinserimento sociale. In tale misura convivono due aspetti: la difesa sociale e l'assistenza al sottoposto alla misura; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 497-498. La sorveglianza della persona in stato di libertà vigilata è affidata all'Autorità di pubblica sicurezza. All'individuo posto in stato di libertà vigilata sono imposte dal giudice prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati, che possono in seguito essere modificate o limitate. La sorveglianza deve essere esercitata in modo da agevolare, attraverso il lavoro, il riadattamento della persona alla vita sociale. A questo fine, l'art. 55 l. 354/1975, prevede che il servizio sociale svolga interventi di sostegno e di assistenza con il fine di reinserire il soggetto sottoposto alla libertà vigilata, in società; PAGLIARO A., *Principi*, cit., 712-713.

<sup>238</sup> NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, cit., 654.

<sup>239</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 888.

<sup>240</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 888. La Corte costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente. Ed a seguito dell'abrogazione legislativa della presunzione di pericolosità, il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia del condannato seminfermo psichico è subordinato al previo accertamento, da parte del giudice, della pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima; BRUSEGAN C., *Le misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 498-499. La questione che riguarda il significato da attribuire al concetto di infermità di mente non assume

A tal punto, è rilevante accennare le innovazioni di disciplina, introdotte recentemente, con la legge di riforma n. 81/2014. Per quanto riguarda la verifica giudiziale della pericolosità sociale dei soggetti semi-imputabili, lo stesso vale per i soggetti inimputabili destinatari della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario, la legge introduce due nuovi criteri di accertamento: da un lato, dispone che il giudizio di pericolosità è effettuato in base alle qualità soggettive della persona e senza tenere in considerazione le condizioni di cui all'art. 133.2 n. 4 del c.p., cioè le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo, poiché l'irrelevanza di queste condizioni tende ad evitare che condizioni di disagio sociale possano da sole giustificare una diagnosi di pericolosità; dall'altro, la legge precisa che non costituisce un elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale, la sola mancanza di programmi terapeutici individuali. Questo tende ad evitare che l'internamento in una casa di cura e di custodia (o in o.p.g.) possa dipendere solo ed esclusivamente dalla difficoltà di assegnare il soggetto interessato a strutture di tipo sanitario o da simili disfunzioni organizzative.

Inoltre, un'innovazione rilevante è l'introduzione del principio di sussidiarietà, che prevede la disposizione del ricovero in una casa di cura e custodia (o in un o.p.g.) solo quando ogni altra misura risulta inadeguata in relazione alle esigenze di cura e di controllo della pericolosità sociale<sup>241</sup>.

---

rilevanza pregnante stante la necessità di accertare in concreto la pericolosità del soggetto da sottoporre alla misura, infatti a seguito della declaratoria di incostituzionalità (Corte cost. sent. n. 249/1983) e dell'abrogazione legislativa della presunzione di pericolosità, il ricovero in una casa di cura e di custodia del soggetto seminfermo psichico deve essere necessariamente preceduto da un accertamento da parte del giudice della sua effettiva pericolosità sociale.

<sup>241</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 888-889.

### **3.2. Il trattamento del soggetto infermo di mente: dall' o.p.g. alle r.e.m.s.**

L'ospedale psichiatrico giudiziario (da ora in poi, o.p.g.), tradizionalmente denominato manicomio giudiziario o criminale, è una misura di sicurezza personale detentiva, disciplinata dall'art. 222 c.p.<sup>242</sup>, volta al trattamento della pericolosità sociale e alla cura delle infermità di chi, avendo commesso un fatto previsto dalla legge come delitto doloso, sia stato prosciolto per **vizio totale di mente determinato da infermità psichica**, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo. Inoltre, è necessario che il soggetto sia stato considerato socialmente pericoloso.

Come già accennato, la denominazione di “ospedale psichiatrico giudiziario” è stata attribuita dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, in quanto l'etichetta originaria era quella di “manicomio giudiziario”, ma anche a fronte di una diversa

---

<sup>242</sup> Art. 222 c.p. Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario: 1. *“Nel caso di proscioglimento per infermità psichica, ovvero per intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti, ovvero per sordomutismo, è sempre ordinato il ricovero dell'imputato in un ospedale psichiatrico giudiziario, per un tempo non inferiore a due anni; salvo che si tratti di contravvenzioni o di delitti colposi o di altri delitti per i quali la legge stabilisce la pena pecuniaria o la reclusione per un tempo non superiore nel massimo a due anni, nei quali casi la sentenza di proscioglimento è comunicata all'Autorità di pubblica sicurezza.*

2. *La durata minima del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è di dieci anni, se per il fatto commesso la legge stabilisce l'ergastolo, ovvero di cinque se per il fatto commesso la legge stabilisce la pena della reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a dieci anni.*

3. *Nel caso in cui la persona ricoverata in un ospedale psichiatrico giudiziario debba scontare una pena restrittiva della libertà personale, l'esecuzione di questa è differita fino a che perduri il ricovero nell'ospedale psichiatrico.*

4. *Le disposizioni di questo articolo si applicano anche ai minori degli anni quattordici o maggiori dei quattordici e minori dei diciotto, prosciolti per ragione di età, quando abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, trovandosi in alcuna delle condizioni indicate nella prima parte dell'articolo stesso.*

nomenclatura la sostanza non è per nulla cambiata<sup>243</sup>. La funzione primaria del manicomio criminale era quella di rappresentare il luogo in cui si privilegiava il “contenimento” sul “trattamento” del malato di mente, e peggio, dell’abnorme psichico autore di reato. Entrambi questi soggetti sono accomunati dal fatto di essere considerati socialmente pericolosi. Dunque, l’entità e la qualità del quadro psicopatologico venivano poste in secondo piano rispetto al concetto di “socialmente pericoloso”, ed il criterio predittivo continuerà poi ad essere il principale indicatore del ricovero in o.p.g., a tutto svantaggio di quello clinico<sup>244</sup>.

Una tangibile inversione di tendenza si avrà solo con l’avvento del movimento antipsichiatrico di cui a capo, in Italia, figurava lo psichiatra Franco Basaglia, il promotore dell’omonima legge del 1978 che ancora oggi costituisce un punto di riferimento fondamentale per il superamento degli o.p.g. Il pensiero di Basaglia si può riassumere nella negazione dell’istituzione manicomiale, dello psichiatra come semplice custode carcerario e della considerazione dei malati come soggetti irrecuperabili da abbandonare a sé stessi<sup>245</sup>. Ciò che secondo Basaglia doveva essere eliminato innanzitutto, era lo stato di soggezione del

---

<sup>243</sup> FORNARI U., *Trattato*, cit., 72. “L’unica novità è contenuta in un articolo della citata legge 1975 (art. 62), in cui il termine di manicomio criminale viene sostituito con quello di ospedale psichiatrico giudiziario: innovazione, questa, solo nominalistica, che poco o nulla ha inciso sulla realtà istituzionale di detta struttura”.

<sup>244</sup> CAPPELLI I., *Manicomio giudiziario*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 428-429. Nei manicomi giudiziari si formulava la proposta di custodire fino a completa guarigione non solo coloro che avevano commesso il reato in stato di pazzia, ma anche i condannati diventati pazzi durante la loro detenzione e i sottoposti ad inquisizione giudiziaria, rimasta sospesa per la riconosciuta alienazione; FORNARI U., *Trattato*, cit., 73; MUSCO E., *Misure di sicurezza*, cit., 772. L’autore evidenzia che il mutamento di etichetta da “manicomio giudiziario” a “ospedale psichiatrico giudiziario” non ha cambiato la natura essenzialmente custodialistica e repressiva della misura di sicurezza di cui si sta trattando, che continua a rappresentare la negazione delle esigenze di cura, di riabilitazione e di reinserimento sociale nel rispetto delle fondamentali garanzie costituzionali della tutela della salute e della dignità della persona.

<sup>245</sup> BASAGLIA F., *L’istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Milano, 1998, 4-5.

paziente al potere assoluto dello psichiatra, estraneo a qualsiasi rapporto di tipo terapeutico, e proprio uno dei problemi fondamentali del trattamento psichiatrico consisteva nella considerazione del malato in base soltanto alla sua malattia che lo affliggeva, senza tener conto della sua storia, della sua umanità<sup>246</sup>. Alla base di tale legge vi era l'abbandono della concezione del trattamento del disturbo mentale come un'esigenza attinente alla materia della pubblica sicurezza per divenire un'esigenza rientrante negli obiettivi di tutela della salute pubblica. In quest'ottica scompare il riferimento, almeno dal punto di vista formale, alla pericolosità sociale del soggetto, dando spazio esclusivamente alle esigenze terapeutiche.

Anche se la portata innovativa della legge Basaglia è stata senza dubbio notevole, ha però influito, direttamente e specificamente, solo sui manicomi civili (al cui interno vi erano soggetti malati di mente, ma non autori di reato), lasciando intatta la struttura del manicomio giudiziario (dove invece, erano internati soggetti autori di reato), che manteneva comunque, nonostante il cambio di etichetta avuto con la legge di riforma del 1975, la duplice funzione di cura e di custodia<sup>247</sup>.

Comunque, nell'intenzione del legislatore del 1930, l'internamento coattivo nei manicomi giudiziari, denominati poi o.p.g., era finalizzato

---

<sup>246</sup> FORNARI U., *Trattato*, cit., 72. Il 13 Maggio 1978 venne promulgata la legge n. 180 relativa ad "Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori". In essa è affermato il diritto del cittadino di essere curato, anche se malato di mente e non esiste più (almeno esplicitamente) il concetto di socialmente pericoloso.

<sup>247</sup> FORNARI U., *Trattato*, cit., 72. "In questa legge, però, il problema del manicomio criminale non veniva neppure sfiorato. Gli operatori del territorio, fatte le debite eccezioni, non gradiscono "sporcarsi le mani" con il giudiziario, offrendo la loro assistenza anche al malato di mente autore di reato". E di fatto, con la legge n. 180/1978 si è scavato un solco profondo tra malato di mente comune, cioè non autore di reato, e malato di mente speciale, cioè autore di reato. Poi, intatto permane nell'immaginario collettivo e individuale, anche del c.d. "tecnico della psiche", il secolare pregiudizio di una pericolosità "specificata" dell'infermo di mente autore di reato, rispetto al malato che non viola le norme contenute nel codice penale ed emerge in maniera sempre più evidente l'indissolubile legame che lega il manicomio criminale al sistema della difesa sociale, basato appunto sul concetto di pericolosità sociale psichiatrica.

alla prevenzione di futuri reati, ma avrebbe dovuto avere contenuti prevalentemente terapeutici, tuttavia, nei fatti non è stato così.

Difatti, la realtà dei sei ospedali psichiatrici giudiziari a Castiglione delle Stiviere, Reggio Emilia, Montelupo Fiorentino, Napoli, Aversa, Barcellona Pozzo di Gotto, di cui la legge ha previsto la chiusura nel 2015, era assai lontana dal disegno legislativo (con un'unica, parziale eccezione, cioè l'o.p.g. di Castiglione delle Stiviere)<sup>248</sup>. Si trattava, di nuovo, di istituzioni totali che si differenziavano soltanto marginalmente dal carcere, infatti la stessa Corte costituzionale aveva ammesso che le carenze degli o.p.g. avevano vanificato le funzioni di cura degli internati, per servire unicamente una funzione repressiva e segregante (Corte cost. 27 Luglio 1982, n. 139)<sup>249</sup>.

Il passaggio dalla funzione di controllo a quella di cura con riferimento alla malattia mentale ha investito, anche se con tempi molto lunghi, la disciplina delle misure di sicurezza destinate ai soggetti sia affetti da vizio totale, sia parziale di mente. In modo particolare, per quanto riguarda i soggetti non imputabili per vizio di mente, oppure per cronica intossicazione da alcool o sostanze stupefacenti, o sordomutismo, il superamento della presunzione di pericolosità sociale non aveva risolto

---

<sup>248</sup> FORNARI U., *Trattato*, cit., 69-71. Questi manicomi criminali, diventati poi o.p.g., avevano subito più o meno evidenti rimaneggiamenti. Per esempio, quello di Reggio Emilia faceva parte del nuovo stabilimento carcerario e dall'esterno si distingueva solo perché aveva un altro ingresso rispetto al carcere. A Montelupo Fiorentino erano mutati il clima psicologico e l'accoglienza, ma i reparti, a parte alcuni aggiornamenti, erano sempre gli stessi ed i luoghi in cui i periziandi venivano incontrati erano squallidi, spogli e sacrificati. Poi, in tutti gli stabilimenti, ad eccezione della sezione giudiziaria dell'o.p.g. di Castiglione delle Stiviere, il personale militare non si risparmiava. Dunque, era difficile accorgersi che si entrava in ospedali, sia pure psichiatrici giudiziari. Solo quello di Castiglione delle Stiviere era l'unico in cui vi era una convenzione tra Ente ospedaliero e Ministro di grazia e giustizia, ed era l'unico in Italia in cui esisteva una sezione psichiatrica giudiziaria per le donne. Quindi, come nei manicomi criminali, anche negli o.p.g. la situazione non cambiava, poiché la funzione primaria era quella di neutralizzare il socialmente pericoloso.

<sup>249</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 851-852. Inoltre, il fallimento di questa misura di sicurezza appariva ancora più preoccupante per l'elevato numero di internati che erano presenti negli o.p.g. Infatti, poco prima della chiusura di questi istituti, gli internati erano 780, pari al 78% del totale degli internati in istituti per l'esecuzione di misure di sicurezza.

completamente i problemi. Difatti, dopo che il giudice avesse accertato la pericolosità sociale del soggetto, aveva a disposizione soltanto la misura di sicurezza del ricovero in o.p.g., anche quando sarebbero state sufficienti, in alcuni casi, forme di controllo meno invasive per contenere il rischio di commissione di nuovi reati. In questo modo, il ricovero in o.p.g. risultava sproporzionato, dato che era sbilanciato sulle esigenze di difesa sociale, con pregiudizio per i bisogni terapeutici del soggetto.

Quindi, una prima svolta per quanto riguarda gli o.p.g. è stata impressa dalla Corte costituzionale con la sentenza del 18 Luglio 2003, n. 253, che aveva dichiarato “l’illegittimità costituzionale dell’art. 222 c.p. nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, in luogo del ricovero in un o.p.g., una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all’infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”. La Corte poi, ha specificato che la “diversa misura” da adottarsi quando il giudice ritiene inadeguata la misura dell’o.p.g. per rispondere alle esigenze di cura e di tutela della persona, è quella della libertà vigilata. Nei confronti del soggetto prosciolto per totale infermità di mente le “prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati” dovevano assumere contenuti terapeutici, in aggiunta alle prescrizioni imposte nel quadro della misura<sup>250</sup>. In sostanza, con tale sentenza, la Corte costituzionale ha

---

<sup>250</sup> Corte cost., 18 Luglio 2003, n. 253, in *Giur. Cost.*, 2003, 2109; con nota di FAMIGLIETTI A., *Verso il superamento della “pena manicomiale”*, 2118; La Consulta con questa sentenza colloca all’apice della gerarchia dei valori il rispetto della persona e rimette al giudice la possibilità di scegliere, fra le diverse misure di sicurezza, quella che in concreto appare la più adatta a contemperare le finalità di cura dell’infermo di mente e di contenimento dei possibili rischi per la collettività. Tra le misure di sicurezza previste dalla legge, la libertà vigilata appare la più idonea al raggiungimento di tali finalità, se accompagnata da prescrizioni idonee ad evitare la reiterazione di reati. In questo modo, è affermato il valore prioritario del diritto alla salute rispetto alla tutela della collettività, in quanto soltanto attraverso una terapia corretta possono essere soddisfatte contemporaneamente le

dichiarato illegittimo l'automatismo previsto dall'art. 222 c.p. tra la sussistenza della pericolosità e l'internamento in un o.p.g. del malato di mente, consentendo invece, di disporre la libertà vigilata se questa appare idonea ad assicurare le adeguate cure del soggetto ed a far fronte alla sua pericolosità sociale.

Alla base di questa svolta vi è stata l'osservazione secondo cui, per l'infermo di mente, l'automatismo di una misura segregante e totale imposta, come di fatto è il ricovero in un o.p.g., violava le esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, in modo particolare il diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione.

Questa sentenza risulta perciò interessante per un duplice aspetto: *in primis*, va evidenziato che questioni relative all'art. 222 c.p., che imponeva, nei confronti dei soggetti prosciolti per vizio di mente socialmente pericolosi, di applicare sempre il ricovero in o.p.g., erano

---

esigenze di cura e di limitazione della pericolosità. Di conseguenza, il ricovero in o.p.g. è incostituzionale, *in primis*, perché non è funzionale alla cura, se consiste in una terapia di cui non v'è bisogno; in secondo luogo, perché non persegue la finalità di difesa sociale, se non riesce a garantire adeguati risultati di recupero e reinserimento sociale del soggetto sottoposti; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 852; PELISSERO M., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020, 775-776. La Corte costituzionale è intervenuta nel 2003 dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 222 c.p., per violazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice di adottare, al posto dell'o.p.g., la misura della libertà vigilata con prescrizioni idonee ad assicurare cure adeguate all'infermo di mente ed a far fronte alla sua pericolosità sociale. "La Corte è giunta a questa conclusione valorizzando il contenuto elastico della misura di sicurezza della libertà vigilata, che può essere arricchita dal magistrato di sorveglianza con prescrizioni terapeutiche (ad. es. interventi ambulatoriali, attività di supporto dei servizi psichiatrici territoriali); in tal modo l'o.p.g. si è trasformato in uno strumento sussidiario di controllo, applicabile solo quando la libertà vigilata terapeutica non sia idonea a controllare la pericolosità sociale". Nella medesima sentenza, la Corte ha fissato le polarità entro le quali i principi costituzionali consentono l'applicazione di misure di sicurezza ad autori di reato infermi di mente. Queste sono due: le finalità di cura e di tutela dell'infermo di mente ed il contenimento della sua pericolosità sociale. Inoltre, la Corte ha fissato anche un limite invalicabile al perseguimento di esigenze preventive, affermando che "le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente"; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 983. Con la sent. n. 253/2003 della Corte cost., gli infermi di mente autori di reato possono essere sottoposti anche alla libertà vigilata, nei casi in cui questa sia adeguata alle esigenze terapeutiche ed al livello di pericolosità dell'interessato; ROMANO B., *Diritto penale*, cit., 496; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 751-752; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 397-398.

già state più volte dichiarate infondate ed inammissibili; in secondo luogo, la Corte ha affermato che l'automatismo di cui all'art. 222 c.p. violava le esigenze di tutela dei diritti della persona ed, in modo particolare, il diritto alla salute (art. 32 Cost). Quindi, in base a queste precisazioni, la Corte ha riconosciuto che spetta al giudice applicare, tra le misure previste dalla legge, quella che in concreto può soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura della persona e di contenimento della pericolosità sociale<sup>251</sup>. Successivamente le indicazioni della Corte costituzionale sono state recepite dal legislatore, infatti con il d.l. 31 Marzo 2014, n. 52, convertito in l. 30 Maggio 2014, n. 81, si è stabilito che la misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o in casa di cura e di custodia possa essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata rispetto alle esigenze di cura e di controllo della pericolosità sociale. Quindi, il ricovero in un o.p.g. o in una casa di cura e di custodia può essere disposto solo come *extrema ratio*, ed il giudice dovrà dimostrare l'inadeguatezza di ogni altra misura (c.d. principio di sussidiarietà)<sup>252</sup>.

Pertanto, le condizioni di vita negli o.p.g. erano molto degradate tanto da essere state diverse volte oggetto di attenzione, da ultimo da parte della Commissione parlamentare che aveva compiuto un'indagine

---

<sup>251</sup> SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 983-984.

<sup>252</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 853; PELISSERO M., *Misure di sicurezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 777. La l. n. 81/2014 ha imposto di avviare programmi individuali terapeutico-riabilitativi di dimissione degli internati in o.p.g., in modo da garantire un'ampia applicazione della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, riservando così alle r.e.m.s., un intervento sussidiario, solo "quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni altra misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale". Quindi, la misura custodiale della r.e.m.s. deve costituire *extrema ratio* di intervento, in conformità ai principi della Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2003; BRUSEGAN C., *Misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 500; MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1380-1381.

all'interno dei sei ospedali psichiatrici italiani<sup>253</sup>. Di conseguenza, il Parlamento approvò l'art. 3-ter, d.l. 22 Dicembre 2011, n. 211, convertito in l. 17 Febbraio 2012, n. 9, che dispose il definitivo superamento degli o.p.g. e delle case di cura e di custodia mediante la costituzione di strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale. Si tratta delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (r.e.m.s.) che sono diventate le modalità esecutive delle misure di sicurezza dell'o.p.g. e della casa di cura e di custodia<sup>254</sup>. Per quanto riguarda le caratteristiche delle r.e.m.s., diversamente dagli o.p.g., sono costituite a livello regionale, in modo da ridurre gli effetti negativi dello sradicamento dell'internato dal suo territorio. Poi, sono caratterizzate da una gestione interna esclusivamente sanitaria, mentre il controllo della sicurezza può essere esercitato solo all'esterno delle strutture ed è affidato alle prefetture. Inoltre, all'interno delle r.e.m.s. vi è una cospicua presenza di medici e di personale sanitario in relazione alle necessità terapeutiche ed assistenziali; presidi di sicurezza e vigilanza unicamente all'esterno

---

<sup>253</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 853. L'impulso alla chiusura degli o.p.g. era venuto nel 2011 da una commissione parlamentare di inchiesta presieduta dal sen. Ignazio Marino, il quale aveva mostrato mediante un filmato, che peraltro ha avuto grande risalto sui media ed in Internet, la situazione di vergognoso degrado in cui versavano quelle istituzioni. Inoltre, il Presidente della Repubblica, all'epoca Giorgio Napolitano, aveva parlato di "un autentico orrore indegno di un Paese civile"; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 892. Gli autori pongono in evidenza che l'esperienza maturata nel corso degli ultimi anni ha confermato che l'ospedale psichiatrico giudiziario, oltre ad essere obsoleto ed irrimediabilmente carente di qualsiasi efficacia terapeutica, assume le connotazioni di un'istituzione molto degradata e degradante, lesiva perlopiù della dignità umana.

<sup>254</sup> PELISSERO M., *Misure di sicurezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 776; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 853. Il d.l. 22 Dicembre 2011, n. 211, convertito con l. 17 Febbraio 2012, n. 9, ha disposto che "a partire dal 31 Marzo 2015 gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi e le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e di custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie" designate come "residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza"; BRUSEGAN C., *Misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 500.

degli edifici; numero di posti non superiore a venti; destinazione dei posti, di regola, a soggetti provenienti dalla regione<sup>255</sup>.

La l. n. 81/2014 poi, ha concesso l'ultima proroga per la chiusura degli o.p.g., infatti dal 1° Aprile 2015 non è stato più possibile disporre ricoveri in o.p.g., e così queste vecchie strutture sono state chiuse<sup>256</sup>. In realtà, solo Castiglione delle Stiviere, che era già l'unico o.p.g. a gestione sanitaria, è stato trasformato in una struttura modulare di sei r.e.m.s.

Così, la nuova legge n. 81/2014 è da apprezzare sotto un duplice profilo: da un lato, la chiusura degli o.p.g. e la loro conseguente sostituzione con le r.e.m.s. costituisce già di per sé un cambio di prospettiva radicale, in quanto ha segnato il passaggio da una gestione custodiale, e con l'ausilio della polizia penitenziaria del malato di mente autore di reato,

---

<sup>255</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 853; BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 17. La funzione della r.e.m.s. è essenzialmente terapeutica ed è per questo, come è stato sancito anche dall'allegato A) del Decr. Min. Sanità del 1.10.2012 che, ogni struttura, destinata al massimo a 20 internati, deve possedere adeguati spazi verdi esterni. Le camere devono essere singole o doppie, soltanto eccezionalmente quadruple, ciascuna con bagno separato con doccia, con arredi e con attrezzature tali da garantire sicurezza, decoro e *comfort*. All'interno ci deve essere una serie di locali di servizio comune (cucina, dispensa, lavanderia, guardaroba, locale soggiorno/pranzo, e uno per le attività lavorative), locali per attività sanitarie (uno per le visite mediche; uno per le riunioni di *équipe*, uno per le attività di gruppo, uno per colloqui e consultazioni psicologico/psichiatriche). Inoltre, devono essere predisposti degli specifici programmi terapeutici-riabilitativi e di inclusione sociale. Poi, per i 20 pazienti sono previsti, rigorosamente a tempo pieno, 12 infermieri, 6 operatori socio-sanitari, 2 medici psichiatri (con reperibilità notturna e festiva), 1 educatore o tecnico di riabilitazione psichiatrica, 1 assistente sociale.

<sup>256</sup> FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 892. Date le condizioni degradanti e lesive della dignità umana degli o.p.g., la legge di riforma 30 Maggio 2014, n. 81, ha concepito le r.e.m.s. come luoghi residenziali di piccole dimensioni destinati ad ospitare autori di reato affetti da gravi patologie mentali e finalizzati prevalentemente ad obiettivi terapeutici, da perseguire in collegamento con i servizi di salute mentale esistenti nel territorio e rientranti nelle competenze delle autorità sanitarie regionali; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 752. Dopo una serie di proroghe che hanno spostato in avanti l'effettiva chiusura degli o.p.g., dal 31 Marzo 2015 "...gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi e le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2 (le c.d. R.E.M.S., cioè residenze per la esecuzione delle misure di sicurezza), fermo restando che le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale" (art. 3 *ter* d.l. 211/2011 conv. con mod. l. 9/2012).

ad una gestione esclusivamente sanitaria, in modo da porre in primo piano le esigenze di cura del soggetto; dall'altro lato, la legge cerca di potenziare i programmi terapeutici sul territorio così da privilegiare l'esecuzione della libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche e rendere effettivamente il ricorso alle r.e.m.s. residuale, da utilizzare quindi, solo in casi eccezionali ed in via transitoria<sup>257</sup>.

Inoltre, la l. n. 81/2014 è intervenuta anche su un importante elemento di disciplina delle misure di sicurezza sia per i soggetti con vizio totale di mente, sia per i soggetti affetti da vizio parziale di mente: la pericolosità sociale.

Quanto alla pericolosità sociale dell'infermo di mente (e degli altri soggetti nei cui confronti può essere applicata questa misura di sicurezza), il legislatore del 1930 stabiliva, come già analizzato nei paragrafi precedenti, una rigida presunzione, in base all'assunto che il soggetto psicologicamente disturbato autore di un delitto doloso di una certa gravità fosse sempre socialmente pericoloso. Ma, questa presunzione è stata demolita prima dalla Corte costituzionale, con le già menzionate sentenze n. 139/1982 (con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del prosciolti per infermità di mente) e n. 249/1983 (con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente), e poi dal legislatore, il quale ha richiesto che per l'applicazione delle misure di sicurezza, si accerti la pericolosità sociale del soggetto

---

<sup>257</sup> PELISSERO M., *Misure di sicurezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 777. La legge n. 81/2014 esprime un cambiamento culturale molto forte per quanto riguarda il trattamento del malato di mente autore di reato, pur tenendo in considerazione le imprescindibili esigenze di difesa sociale.

autore di reato, e cioè l'esistenza e la persistenza nel caso concreto della probabilità che il soggetto commetta nuovi reati<sup>258</sup>.

Infatti, con la l. n. 81/2014 sono stati indicati due nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale: un primo criterio stabilisce che questo accertamento deve essere effettuato sulla base delle *qualità soggettive della persona*, ma senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133.2 n. 4, cioè le condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo; in secondo luogo, non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola *mancaza di programmi terapeutici individuali*.

Lo scopo del primo criterio di accertamento è quello di evitare che l'eventuale indigenza, il disagio familiare e sociale, cioè condizioni di marginalità ed abbandono, possano essere utilizzati come indici sui quali fondare il giudizio di pericolosità sociale dell'agente. Invece, il secondo criterio si fonda sulla necessità di evitare che l'internamento in o.p.g. o in casa di cura e di custodia possa dipendere da eventuali disfunzioni organizzative e, in particolare, dall'impossibilità di assegnare la persona interessata ai dipartimenti di salute mentale, cioè

---

<sup>258</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 854; SEMERARO P., *I rapporti*, cit., 983. L'autore pone in evidenza come nella regolamentazione accolta dal codice del 1930 nei confronti dei prosciolti per vizio totale di mente era prevista, in origine, l'automaticità dell'internamento nell'ospedale psichiatrico giudiziario, con una durata massima indeterminata, quando questi soggetti avessero commesso un reato. La medesima disciplina era prevista per i soggetti seminfermi di mente i quali, dopo aver scontato la pena della reclusione, venivano assegnati alla casa di cura e di custodia. Questa regolamentazione, espone l'autore, si basava su una duplice presunzione: da un lato, il legislatore riteneva sussistente la pericolosità sociale del soggetto in base alla mera presenza dell'incapacità di intendere e di volere; dall'altro, la legge presumeva che l'infermità esistente al momento della commissione del fatto continuasse fino all'effettivo internamento nell'o.p.g. Però, da ciò derivava una conseguenza contrastante con la Costituzione, perché risultava che un individuo potesse essere internato in o.p.g. anche se tra il momento dell'accertamento dell'infermità mentale e la concreta applicazione della misura di sicurezza era cessato lo stato di alterazione psichica.

alle strutture non detentive facenti capo al servizio sanitario e dislocate sul territorio regionale<sup>259</sup>.

La conformità a Costituzione di questa normativa è stata oggetto di una pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost. 23 Luglio 2015 n. 186), in cui si è chiarito che la limitazione dei criteri per l'accertamento della pericolosità dell'infermo di mente e del seminfermo di mente non riguarda in generale la pericolosità sociale, bensì ha lo scopo di riservare le misure estreme, che incidono in modo preponderante sulla libertà sociale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie. Sostanzialmente, la Corte ritiene che la disposizione non ha modificato per le persone inferme o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è semplicemente limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> BRUSEGAN C., *Misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 500; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 855; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 891; PELISSERO M., *Misure di sicurezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 777-778. Il fatto che la sola mancanza di programmi terapeutici individuali non possa supportare il giudizio di pericolosità sociale ha un significato garantista, in quanto ha la finalità di evitare che sul soggetto gravino i limiti e le lentezze dei servizi sanitari regionali. Ma, non è convincente il fatto di non tenere in considerazione la vita individuale, familiare e sociale del soggetto agente, poiché da tempo è acquisito il fatto che la pericolosità sociale non può prescindere dal contesto ambientale in cui il soggetto si colloca e dal quale necessariamente è condizionato (la c.d. pericolosità sociale situazionale); tuttavia, è indubbio, che il legislatore con tale disciplina voglia evitare che le condizioni esterne di marginalità sociale possano andare a sfavore del soggetto.

<sup>260</sup> Corte cost., 23 Luglio 2015, n. 186, in *Cass. pen.*, 2015, 4019; con nota di APRILE E., *Osservazioni*, 4026; La limitazione non riguarda la pericolosità sociale, ma ha lo scopo di riservare le misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie. La novità legislativa non ha inciso sul concetto di pericolosità sociale in quanto tale, ma si è limitata ad incidere sui criteri per la verifica della sussistenza di quella forma di pericolosità nei riguardi dei soggetti totalmente o parzialmente non imputabili per i quali si pone la questione dell'applicazione delle sole misure di sicurezza detentive; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 855-856; PELISSERO M., *Misure di sicurezza*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale*, cit., 778; MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1383-1387. La Corte costituzionale con la sentenza n. 186/2015 ha evidenziato che le precisazioni introdotte dal legislatore per l'accertamento della pericolosità sociale, lungi dal riguardare la generale nozione di "pericolosità sociale" dei (soli) soggetti non imputabili o semimputabili, avrebbe perseguito il più limitato scopo di specificare il principio di *extrema ratio*

Infine, altra novità di estrema rilevanza, che in realtà riguarda in generale tutte le misure di sicurezza detentive, è data dal venir meno del rapporto fra la durata della misura e la pericolosità sociale. Infatti, è previsto che la durata della misura non può superare la durata massima della pena detentiva edittale per il reato commesso, ad eccezione dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo, per i quali di conseguenza la misura di sicurezza detentiva continua a mantenere una potenziale durata illimitata<sup>261</sup>.

Tuttavia, l'apposizione di un termine di durata, alla cui scadenza consegua in maniera "automatica" la revoca della misura, è suscettibile di determinare alcune aporie.

In primo luogo, ne deriverebbe la possibilità di "liberare" internati che, decorso il termine di durata della misura, risultino ancora socialmente pericolosi. Inoltre, se viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la perdurante pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura rimane rapportata non alla pericolosità, bensì alla gravità del reato commesso, il dualismo tra la responsabilità individuale-pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza fatica a delinarsi con sufficiente coerenza, tanto sul piano teorico quanto su quello strutturale<sup>262</sup>.

---

delle misure detentive, riservando il ricovero in o.p.g. o in casa di cura e di custodia "ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie" e limitando, unicamente a questi fini, i criteri di scelta a disposizione del giudice. In altre parole, la disposizione non ha modificato, neanche indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma semplicemente si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive.

<sup>261</sup> BRUSEGAN C., *Misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 500; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 856; MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1378-1379.

<sup>262</sup> MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1379-1380. La studiosa ritiene che sembra opportuno precisare che la previsione di un termine massimo di durata è riferita alle sole misure

### 3.2.1. Criticità nella realtà applicativa delle r.e.m.s.

Non si può certo sostenere che il passaggio dagli o.p.g. alle r.e.m.s. sia stato semplice, anzi è stato molto rallentato e difficoltoso, assai criticato e caratterizzato da numerose violazioni normative rendendo sospeso il tempo tra o.p.g. che non chiudono e r.e.m.s. che non aprono<sup>263</sup>.

Peraltro, il sistema di riferimento si connota per una profonda ambiguità già sul piano identitario, infatti, scompaiono gli o.p.g., ma rimane la misura di sicurezza del ricovero in o.p.g.; inoltre, nelle r.e.m.s. la polizia non c'è, ma tuttavia c'è o dovrebbe esserci, sia pur perimetrale ed inoltre, si tratta pur sempre di una misura di sicurezza fondata sul logorante binomio infermità di mente-pericolosità sociale, al punto che l'opzione custodiale, con tutti i suoi effetti stigmatizzanti, rischia di rimanere inalterata. Infatti, c'è chi ritiene che vi sia il rischio che tutto si disperda in una semplice operazione di immagine, e che alla fine ci troveremo di fronte a tanti piccoli o.p.g. a più marcata collocazione territoriale<sup>264</sup>.

---

di sicurezza detentive, con esclusione, quindi, della libertà vigilata. Perciò ne deriva che il giudice ben potrebbe ordinare l'applicazione della libertà vigilata, con prescrizioni terapeutiche.

<sup>263</sup> BRUSEGAN C., *Misure di sicurezza*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato*, cit., 500-501; FIORE C. e FIORE S., *Diritto penale*, cit., 752; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale*, cit., 892; BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 16-18; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 853-854. Gli autori evidenziano che il passaggio dagli o.p.g. alle r.e.m.s. si è realizzato con molta fatica, tra ritardi, ambiguità e violazioni di legge. Infatti, gli ultimi due o.p.g. (Montelupo Fiorentino e Barcellona Pozzo di Gotto) sono stati chiusi solo nel 2017. Ad Ottobre 2018 le r.e.m.s. dislocate nelle diverse regioni italiane, erano 30; i pazienti ricoverati erano 629. Il numero di posti delle r.e.m.s. di solito, è al di sotto delle 20 unità, salvo eccezioni integrate da strutture pluri-modulari, la più vistosa delle quali è rappresentata dalla r.e.m.s. di Castiglione delle Stiviere che dispone di 160 posti. Le tre strutture che si trovano in Friuli Venezia Giulia hanno due posti ciascuna. Inoltre, un dato allarmante riguarda l'incidenza delle misure di sicurezza provvisorie sul numero complessivo dei pazienti assegnati alle r.e.m.s.: a Ottobre 2018 i soggetti in esecuzione provvisoria erano pari al 39%. Poi, ancora più allarmante è il dato relativo alle persone in attesa di ricovero in r.e.m.s., infatti erano 603, un numero prossimo a quello delle persone presenti in tali strutture. Quindi, tutto ciò evidenzia il rischio di collasso del sistema.

<sup>264</sup> BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 16; MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., 1390.

Il paese non è ancora pronto, infatti ci sono molte regioni in fortissimo ritardo, tra cui il Veneto, il Piemonte, la Calabria e la Liguria. Alcune regioni stanno chiedendo “ospitalità” ad altre; in alcuni casi, addirittura, le regioni si sono rivolte a strutture private accreditate, creando un vero e proprio *business*, ma il punto è che questo sistema non va per niente bene, dato che si ha a che fare con esseri umani<sup>265</sup>.

A riprova del travagliato *iter*, si richiamano le Relazioni del Commissario unico per il superamento degli o.p.g., secondo le quali a fine 2016 erano ancora 2 su 6 gli o.p.g. da chiudere che ancora ospitavano 26 persone (quello di Barcellona Pozzo di Gotto, in cui si trovavano ancora 14 persone e quello di Montelupo Fiorentino, in cui vi erano 12 persone), mentre 28 le r.e.m.s. attivate e 3 quelle di prossima attivazione per un totale di 624 posti disponibili e 603 pazienti ricoverati<sup>266</sup>. Nel 2017, invece, solo un o.p.g. rimaneva ancora aperto (quello di Barcellona Pozzo di Gotto, in cui erano presenti ancora 6 internati), mentre 30 risultavano le r.e.m.s. attivate e soltanto 16 le persone ricoverate fuori regione<sup>267</sup>.

Poi, per quanto riguarda il profilo operativo, notevoli sono gli effetti generati da tale passaggio, per assenza di esplicite ed uniformi regole normative.

Inoltre, un problema rilevante è rappresentato dall'insufficienza di posti presso le r.e.m.s. come emerge dal monitoraggio del C.S.M. del

---

<sup>265</sup> BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 17.

<sup>266</sup> GATTA G., *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? Le relazioni del commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, Franco Corleone, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1.

<sup>267</sup> GATTA G., *Chiusura completa degli O.P.G.: finalmente a un passo dalla meta*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 1. Nella relazione del Commissario unico per il superamento degli o.p.g., Franco Corleone, si legge che entro il 21 Marzo 2017 si prevede il trasferimento altrove dei sei internati e che la chiusura dell'ultimo o.p.g. è comunque prevista, al più tardi, per il 15 Maggio 2017.

19.04.2017<sup>268</sup>, e quindi del numero di persone, sia libere che detenute, in attesa che si renda disponibile un posto nella r.e.m.s., nonostante la misura sia stata ordinata dal giudice.

Ancora, tra i profili problematici, va segnalato che in molte strutture non vi è la possibilità di ospitare donne, che nel 2018 rappresentavano circa il 10% dei ricoverati in r.e.m.s.<sup>269</sup>.

Sicuramente ci sono stati dei passi in avanti e le r.e.m.s. sembrerebbero funzionare per quanto riguarda le finalità di cura ad esse assegnate, tuttavia permangono ancora alcune problematiche. Tra le più rilevanti, la questione delle lunghe liste d'attesa, cioè di quelle persone che pur destinatarie di un ordine di ricovero in r.e.m.s. non vi accedono per mancanza di posti disponibili, e probabilmente ad oggi è proprio questo l'ambito di maggior attrito tra cultura giuridica e cultura sanitaria<sup>270</sup>. A fronte di ciò, l'allungarsi delle liste d'attesa pone due questioni: sull'accuratezza con cui vengono ordinati i ricoveri nelle r.e.m.s. e su dove collocare le persone in attesa. Occorre infatti evidenziare come le persone in lista d'attesa non sono dei “mostri in libertà” che creano

---

<sup>268</sup> DI NICOLA P., *Vademecum per tentare di affrontare (e risolvere) il problema dell'assenza di posti nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2.

<sup>269</sup> MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 854.

<sup>270</sup> MIRAVALLE M., *Salute mentale e Rems/1: a che punto siamo?*, in *Antigone*, 2021, 10-12. Lo studioso evidenzia che l'idea che un ordine legittimamente posto dall'autorità non venga eseguito, o meglio non possa essere eseguito per mancanza di posti, è una novità assoluta nell'ambito dell'esecuzione penale. Infatti, nel contesto italiano, nessun istituto penitenziario si rifiuterebbe di ospitare una persona destinataria di un ordine di carcerazione a causa della capienza massima. Invece, nell'ambito delle r.e.m.s. queste “impossibilità” rappresentate dalla direzione sanitaria all'autorità giudiziaria sono prassi quotidiana, motivo per cui nessuna r.e.m.s. ospita un numero superiore di persone rispetto ai posti a disposizione. Infatti, il personale sanitario conosce il potenziale pericolo costituito da una r.e.m.s. sovraffollata e la conseguente impossibilità di svolgere alcuna funzione riabilitativa, limitandosi al mero contenimento. Al 30 Novembre 2020, il sistema informativo per il monitoraggio del superamento degli o.p.g. (SMOP) segnalava 175 persone in lista d'attesa (di cui il 31% in attesa in un istituto penitenziario), peraltro numeri in crescita rispetto alla stessa data del 2019, quando le persone in lista d'attesa erano 92. Ma, tali cifre sono fortemente sottostimate, poiché altre autorevoli fonti, come la Relazione annuale al Parlamento dell'Autorità garante delle persone private della libertà, segnala un numero ben maggiore, oltre le 700 persone.

gravi problemi alla società, ma persone che in attesa di entrare nelle r.e.m.s. cominciano percorsi terapeutici-riabilitativi in altre strutture ed in altre forme, in modo particolare in comunità, durante i quali spesso raggiungono un loro equilibrio. A dimostrare ciò c'è il numero di misure di sicurezza che vengono “trasformate” dal giudice durante la permanenza in lista d'attesa, e questa trasformazione evidenzia che una soluzione diversa dalle r.e.m.s. sarebbe stata possibile fin dal principio, evitando di allungare le liste di attesa. Quindi, è necessario che fin dal momento della commissione del reato, si avvii un dialogo costruttivo tra l'autorità giudiziaria ed i servizi sanitari al fine di anticipare la presa in carico del paziente, evitando così che l'ordine di ricovero nelle r.e.m.s. deriva da un'eccessiva “ansia custodialistica” legata al pericolo della commissione di un nuovo reato. Inoltre, i casi più problematici riguardano quelle persone che attendono l'ingresso nelle r.e.m.s. da detenuti in carcere, poiché la legittimità della base giuridica della loro carcerazione è incerta, ma soprattutto queste persone creano tensioni all'interno degli istituti penitenziari che diventano difficili da gestire<sup>271</sup>. Quindi, la soluzione più opportuna e allo stesso tempo rispettosa dei diritti fondamentali sarebbe quella di prevedere un divieto formale di carcerazione per tutte le persone delle r.e.m.s.<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> CALCATERRA A., *Misura di sicurezza con ricovero in R.E.M.S.: il ritorno al passato no!*, in *DPU*, 2020, 8. Il fenomeno della detenzione illegale in carcere di soggetti destinatari di misure di sicurezza detentive è attualmente sottoposto al vaglio di legittimità della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione all'art. 3 della Convenzione, che prevede il divieto di trattamenti inumani e degradati e all'art. 5 par. 1 della Convenzione, a tutela della libertà personale. Nel mentre, il 7 Aprile 2020, la Corte di Strasburgo ha emesso un provvedimento cautelare ex art. 39 del Regolamento, a favore di un paziente psichiatrico detenuto in carcere per più di un anno in attesa dell'esecuzione del provvedimento con il quale era stata disposta la misura di sicurezza in r.e.m.s. (e mai attuato), con il quale è stato ordinato al Governo italiano l'immediato trasferimento presso un'idonea struttura di cura.

<sup>272</sup> MIRAVALLE M., *Salute mentale e Rems/1*, cit., 11-12.

Altra questione è quella relativa alle posizioni giuridiche dei ricoverati, e la suddivisione che più interessa è quella tra ricoveri provvisori e ricoveri definitivi. Nei primi rientra chi è ancora sottoposto a procedimento penale, mentre nei secondi, chi è già stato prosciolto in quanto non imputabile, ma comunque sottoposto a misure di sicurezza perché socialmente pericoloso. Spetta ai giudici di cognizione (generalmente, ai giudici per le indagini preliminari) decidere sulle misure provvisorie, mentre per quelle definitive, la competenza è della magistratura di sorveglianza. È emerso che i due gruppi sono quantitativamente ormai omogenei e la tendenza degli ultimi anni è quella di un lieve, ma costante incremento delle misure provvisorie e di una stabilità di quelle definitive. E se, le misure di sicurezza provvisorie vengono paragonate alle condanne non definitive e alle misure di sicurezza cautelari in carcere, si scopre che vi è una differenza rilevante: le persone in r.e.m.s. in attesa di una sentenza definitiva sono di più rispetto a quelle in carcere (quasi il 50% in r.e.m.s. e il 30% in carcere). Diverse possono essere le spiegazioni del dato, prima fra tutte, il fatto che quando viene decisa una misura provvisoria ci si trova tendenzialmente in un periodo più vicino alla commissione del reato e quindi è possibile che la situazione psicopatologica della persona sia ancora in fase acuta. Inoltre, si deve considerare che la persona che si trova in misura provvisoria è meno conosciuta dai servizi psichiatrici territoriali, a meno che non abbia dei precedenti. Sono questi dunque, alcuni dei fattori che rendono più difficile l'individuazione di un programma terapeutico individuale e di soluzioni alternative alle r.e.m.s., di conseguenza, il giudice in attesa di definire il processo, sarà più propenso a optare per una misura più custodiale come il ricovero in una r.e.m.s. Perciò, sarebbe necessaria un'analisi caso per caso e quindi

un confronto tra la magistratura e i servizi sanitari al fine di trovare fin dall'inizio del processo, la collocazione più opportuna, di modo che le r.e.m.s. vengano utilizzate secondo il principio di *extrema ratio*<sup>273</sup>.

Poi ancora, gli operatori della salute mentale che lavorano nelle r.e.m.s. segnalano una crescente presenza di c.d. “cripto-imputabili”, cioè persone che non presenterebbero gravi patologie psichiatriche, bensì problematiche diverse e non strettamente sanitarie (come per esempio: dipendenza da sostanze, marginalità sociale, biografie criminali), ma che nonostante ciò vengono ricoverate in r.e.m.s., eludendone la funzione terapeutico-riabilitativa<sup>274</sup>.

A fronte di queste criticità, l'unico modo per superarle sarebbe quello di realizzare una sinergia tra gli attori a vario titolo coinvolti nell'esecuzione di queste misure, valorizzando pienamente il principio di residualità delle misure detentive e contemporaneamente, l'effettivo ricorso alla libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche, anche presso strutture comunitarie a diversi livelli di protezione e intensità. In questo modo, la r.e.m.s. inizierebbe ad avere il ruolo per la quale è stata pensata, come luogo di cura per le persone più bisognose e pericolose in ragione della loro patologia. Inoltre, un dialogo costante tra gli operatori istituzionali e i servizi territoriali consentirebbe una risposta

---

<sup>273</sup> MIRAVALLE M., *Salute mentale e Rems/1*, cit., 11-12; GATTA G., *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo?*, cit., 2. Per quanto riguarda i profili problematici vi è un'ampia incidenza delle misure di sicurezza provvisorie (40%) e di conseguenza la mancanza di posti disponibili. Il dato più allarmante segnalato dal Commissario unico, Corleone, riguarda l'incidenza delle misure di sicurezza provvisorie sul numero totale dei pazienti assegnati alle r.e.m.s., pari appunto al 40%. Già a fine Ottobre 2016 risultavano in attesa di essere eseguite 241 misure di sicurezza, gran parte delle quali (176) provvisorie. E ciò, secondo il Commissario Corleone, potrebbe rappresentare un fattore capace di portare al collasso il sistema delle r.e.m.s. Ci sarebbe stata perciò, da parte del Commissario, una proposta di legge finalizzata a riservare le r.e.m.s. soltanto ai destinatari di provvedimenti definitivi; MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G., *Manuale*, cit., 854. Gli autori evidenziano che un aspetto problematico riguarda l'incidenza delle misure di sicurezza provvisorie sul numero dei pazienti assegnati alle r.e.m.s., tanto che ad Ottobre 2018 i soggetti in esecuzione provvisoria erano pari al 39%.

<sup>274</sup> MIRAVALLE M., *Salute mentale e Rems/1*, cit., 13-14.

tempestiva alle esigenze di cura, sia in entrata sia in uscita dalle r.e.m.s., con la conseguente drastica riduzione dei tempi di attesa e delle altre criticità riportate<sup>275</sup>.

A fronte di queste criticità, non si può, ma soprattutto non si deve retrocedere agli impegni istituzionali che hanno condotto, in seguito ad un lungo e difficile cammino di riforma, culturale ancor prima che giuridica, a quella che ad oggi è una vera conquista di civiltà, troppo spesso rimessa in discussione da chi a tale conquista contrappone considerazioni dettate dalle difficoltà che si riscontrano nella realtà applicativa<sup>276</sup>.

Siamo però ancora, in un contesto in cui ci vorrà del tempo, ma quel che si tende a dimenticare, ed è ancora più vero per chi è debole, per chi è malato, per chi è ristretto, è che con il passare del tempo, passa anche la vita<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> CALCATERRA A., *Misura di sicurezza con ricovero in R.E.M.S.*, cit., 9.

<sup>276</sup> CALCATERRA A., *Misura di sicurezza con ricovero in R.E.M.S.*, cit., 10. Sul punto è significativo il comunicato del 5.06.2020 del Garante Nazionale dei Detenuti, il quale afferma: “più sottile, invece, il tema sollevato da chi, con analogia periodicità, pone la questione dell’insufficienza dei posti nelle R.E.M.S. e ne chiede la costituzione di nuove. Nonostante la constatazione che alcune aree territoriali ne siano totalmente sguarnite porti in taluni limitati casi a porre mano al problema, se non altro per mantenere quel raccordo territoriale che è prerequisito di ogni effettivo piano terapeutico riabilitativo, anche sotto questo aspetto bisogna invitare alla calma nell’affrontare il problema”. La studiosa ritiene che sia auspicabile più che un intervento della Corte costituzionale, che peraltro ha mostrato grande attenzione e sensibilità al problema (tra le varie pronunce: la sent. n. 99/2019 che ha sancito l’illegittimità costituzionale dell’art. 47 *ter* comma 1 *ter* nella parte in cui non consente che la detenzione domiciliare umanitaria sia disposta anche nei casi di grave infermità psichica sopravvenuta. Con questa sentenza il giudice ha evidenziato la necessità di adeguare la disciplina vigente al cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia; altra pronuncia rilevante è la sent. n. 253/2003 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 222 c.p. nella parte in cui non consente al giudice di adottare al posto del ricovero in o.p.g., una diversa misura di sicurezza prevista dalla legge, che sia idonea ad assicurare adeguate cure all’infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale), un richiamo di responsabilità di alcune regioni cui sono affidate le competenze in materia sanitaria.

<sup>277</sup> BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale*, cit., 18.

### 3.2.2. La necessaria riforma di sistema delle r.e.m.s.

Sebbene le r.e.m.s. costituiscono il risultato di un faticoso, ma ineludibile processo di superamento dei vecchi o.p.g., ad oggi necessitano di una complessiva riforma di sistema.

In questa prospettiva, è da segnalare senz'altro una recentissima sentenza della Corte costituzionale, la n. 22 del 27 Gennaio 2022<sup>278</sup>.

Con questa sentenza, la Corte si è definitivamente pronunciata sulle questioni di legittimità degli artt. 206<sup>279</sup> e 222 c.p. e dell'art. 3 *ter* d.l. 22 Dicembre 2011, n. 211 (*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*), convertito, con modificazioni, nella legge 17 Febbraio 2012, n. 9, come

---

<sup>278</sup> CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma di sistema*, in *Ilpenalista.it*, 2022, 1-2. Il caso: Il giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Tivoli, nel Giugno del 2019, disponeva l'applicazione provvisoria della m.d.s. del ricovero presso una r.e.m.s. di P.G., indagato per il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale e che il consulente tecnico del P.M. aveva considerato affetto da infermità psichica e socialmente pericoloso. Il G.i.p. aveva disposto che, sino a quando non fosse stato possibile collocarlo in una r.e.m.s., fosse provvisoriamente applicata nei suoi confronti la misura della libertà vigilata, da eseguirsi presso una struttura residenziale psichiatrica per trattamenti terapeutico-riabilitativi a carattere estensivo, da individuarsi a cura del centro di salute mentale territorialmente competente. Il P.M. aveva quindi chiesto al Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia (D.A.P.) di indicare la r.e.m.s. presso la quale potesse essere eseguito il ricovero. In base a questa richiesta, il D.A.P. si era limitato a comunicare un elenco di strutture precisando che, essendo la loro gestione affidata al servizio sanitario regionale, la responsabilità della presa in carico di P.G. competeva alla Regione Lazio e al relativo servizio sanitario. Quindi, lo stesso D.A.P. rilevava di non avere alcuna possibilità di incidere sulle manifestazioni di volontà di quelle r.e.m.s. che rifiutavano di ricevere l'internando non dando esecuzione al provvedimento emesso dall'Autorità giudiziaria. Nei successivi dieci mesi, il P.M. aveva invano tentato di eseguire l'ordinanza di ricovero, ricevendo sempre dinieghi dalle locali aziende sanitarie a causa della indisponibilità di posti. Nel contempo, la persona sottoposta a indagini si era sottratta a tutte le terapie e agli obblighi inerenti alla m.d.s. della libertà vigilata, disposta in via provvisoria in attesa della disponibilità di un posto in una r.e.m.s. Nell'Aprile del 2020, il P.M. aveva trasmesso gli atti al G.i.p. per i provvedimenti di competenza in ordine alle disposte m.d.s., che erano risultate non eseguibili.

<sup>279</sup> Art. 206 c.p. Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza: 1. *“Durante la istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in un ospedale psichiatrico giudiziario, o in una casa di cura e di custodia.*

2. *Il giudice revoca l'ordine, quando ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose.*

3. *Il tempo dell'esecuzione provvisoria della misura di sicurezza è computato nella durata minima di essa”.*

modificato dall'art. 1.1 lettera a), del d.l. 31 Marzo 2014, n. 52 (*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*), convertito, con modificazioni, nella legge 30 Maggio 2014 n. 81, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 25, 27, 32, e 110 Cost., dal giudice per le indagini preliminari di Tivoli, a proposito della disciplina sulle r.e.m.s.<sup>280</sup>.

Sebbene le censure erano state formulate dal rimettente nei confronti del combinato disposto degli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3 *ter* del d.l. n. 211 del 2011, tuttavia, la Corte rileva che, a ben guardare, esse concernono soltanto quest'ultimo e le successive modificazioni, e cioè la disposizione che, nel disciplinare il processo di definitivo superamento degli o.p.g. e la loro sostituzione con le r.e.m.s., avrebbe, secondo il remittente, estromesso il Ministro della giustizia da ogni competenza rispetto all'esecuzione delle misure di sicurezza disposte dal giudice penale nei confronti di persone inferme di mente, in violazione dell'art. 110 Cost., e avrebbe altresì demandato a fonti normative secondarie o ad accordi con le autonomie territoriali la regolamentazione di aspetti essenziali delle misure di sicurezza in esame<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, in [www.regioni.it](http://www.regioni.it), 10. A parere del giudice remittente, gli artt. 206 e 222 c.p. e l'art. 3 *ter* del d.l. n. 211/2011 violerebbero nel loro complesso, in primo luogo, gli artt. 27 e 110 Cost., nella parte in cui, attribuendo l'esecuzione del ricovero provvisorio presso una r.e.m.s. alle Regioni ed agli organi amministrativi da esse coordinati e vigilati, escludono la competenza del Ministro della giustizia in relazione all'esecuzione della detta misura di sicurezza detentiva provvisoria. In secondo luogo, esse violerebbero gli artt. 2, 3, 25, 32, 110 Cost., nella parte in cui consentono l'adozione con atti amministrativi di disposizioni generali in materia di misure di sicurezza in violazione della riserva di legge in materia; CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 2.

<sup>281</sup> CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 6. Per contro, gli artt. 206 e 222 c.p., che disciplinano rispettivamente l'applicazione provvisoria e definitiva, tra l'altro, della misura di sicurezza del ricovero in o.p.g., nulla dispongono né in merito alle competenze del Ministro della giustizia, né in merito alla precisa disciplina delle r.e.m.s.: le questioni di legittimità costituzionale che hanno ad oggetto tali disposizioni del codice penale, quindi, devono considerarsi in radice inammissibili per *aberratio ictus*.

In altre parole, il G.i.p. del Tribunale di Tivoli assume che, l'impossibilità sino a quel momento riscontrata di dare esecuzione alla propria ordinanza di ricovero in una r.e.m.s. trovi la sua propria causa, non in difficoltà di ordine pratico e organizzativo, bensì in un assetto della normativa in materia incompatibile con la Costituzione, sotto due differenti aspetti. In primo luogo, la disciplina censurata estrometterebbe completamente il Ministro della giustizia da ogni competenza in materia, il che contrasterebbe con l'art. 110 Cost., secondo cui "*spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia*". In secondo luogo, la disciplina oggetto di censura sarebbe costituzionalmente illegittima, dal momento in cui demanda ad atti normativi secondari e ad accordi tra Stato e autonomie territoriali, la regolamentazione di aspetti essenziali della disciplina delle r.e.m.s., misure che privano il soggetto della libertà personale, ma che al contempo prevedono un trattamento sanitario obbligatorio<sup>282</sup>.

---

<sup>282</sup> CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 5-6. Con riferimento al primo aspetto, per il remittente, questa estromissione spiegherebbe l'impossibilità di eseguire il provvedimento di ricovero in r.e.m.s. nel caso concreto, poiché la gestione esclusivamente sanitaria delle r.e.m.s., affidata completamente alle Regioni, farebbe sì che il Ministro della giustizia, ed in particolare il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (D.A.P.), non siano in grado di assicurare la tempestiva esecuzione di una misura di sicurezza, cioè di un provvedimento emesso dal giudice, per far fronte ad una situazione di pericolosità sociale di una persona che ha commesso un fatto reato, o a carico della quale ci sono indizi gravi di commissione di un fatto di reato. Per questo quindi, vi sarebbe la violazione dell'art. 110 Cost., che affida al Ministro della giustizia la responsabilità del funzionamento dei servizi concernenti la giustizia. Invece, con riferimento al secondo aspetto, è evidente la violazione delle riserve di legge poste dagli artt. 25.3 e 32.2 Cost., che riguardano rispettivamente la disciplina delle misure di sicurezza e di trattamenti sanitari obbligatori. Infatti, l'art. 25.3 Cost. dispone "*nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*", mentre l'art. 32.2 Cost. "*nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*". La violazione c'è dal momento in cui queste riserve sarebbero eluse a causa del rinvio, operato dalle disposizioni censurate, a fonti secondarie e ad accordi con le autonomie territoriali. Peraltro, quest'ultimo aspetto comporta un'applicazione non omogenea nel territorio nazionale della disciplina relativa alle r.e.m.s.

Alla luce di ciò, con ordinanza n. 131/2021, la Corte dispose un'apposita istruttoria volta ad acquisire specifiche informazioni, concernenti il funzionamento concreto del sistema delle r.e.m.s., considerate indispensabili ai fini della decisione. In particolare, chiedeva di indicare il numero delle r.e.m.s. attive sul territorio di ogni Regione e quanti pazienti fossero effettivamente ospitati in ciascuna di esse, nonché di chiarire se esistessero forme di coordinamento tra il Ministro della giustizia, il Ministro della salute, le ASL e i Dipartimenti di salute mentale volte ad assicurare la pronta ed effettiva esecuzione, su scala regionale o nazionale, dei ricoveri delle r.e.m.s.; se fosse prevista la possibilità dell'esercizio di poteri sostitutivi del Governo, nel caso di riscontrata incapacità di assicurare la tempestiva esecuzione di tali provvedimenti nel territorio di specifiche Regioni, e se le eventuali difficoltà riscontrate fossero dovute a ostacoli applicativi, all'inadeguatezza delle risorse finanziarie o ad altre Regioni. All'esito dell'istruttoria, con la decisione n. 22/2022, la Corte sebbene abbia riconosciuto l'effettiva sussistenza dei vulnera lamentati dal giudice remittente, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità sollevate, poiché l'accoglimento avrebbe creato intollerabili vuoti di tutela, con un forte avvertimento al legislatore di provvedere ad una complessiva riforma del sistema, di cui sono stati indicati tratti e finalità essenziali per rimuovere gli attuali punti di contrasto con i principi costituzionali<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l'inadeguatezza della disciplina vigente, dalla Corte costituzionale un monito al legislatore perché provveda a una riforma di sistema*, in *Sist. pen.*, 2022, 2. L'autore riporta il testo del comunicato diffuso dall'Ufficio stampa della Corte: "L'applicazione concreta delle norme vigenti in materia di residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS) nei confronti degli autori di reato affetti da patologie psichiche presenta numerosi profili di frizione con i principi costituzionali, che il legislatore deve eliminare al più presto".

Nella sentenza la Corte ricorda lo scopo delle r.e.m.s., concepite dal legislatore, nel 2012, come strutture residenziali caratterizzate da una logica completamente diversa rispetto a quella esclusivamente custodiale degli ospedali psichiatrici giudiziari. Infatti, le r.e.m.s. sono strutture di piccole dimensioni, pensate in funzione di un percorso di progressiva cura e riabilitazione sociale, con la finalità di favorire il mantenimento o la ricostruzione dei rapporti con il mondo esterno, alle quali il malato di mente può essere assegnato solo quando non è possibile controllarne la pericolosità con strumenti alternativi, come per esempio, l'affidamento ai servizi territoriali per la salute mentale. In altre parole, sono strutture che nella realtà applicativa devono essere utilizzate secondo il principio di *extrema ratio*, cioè quando il giudice dimostra l'inadeguatezza di ogni altra misura ad assicurare cure adeguate e a far fronte alla pericolosità sociale del soggetto che ha agito. In base alle soluzioni giuridiche adottate dalla Corte, quest'ultima ritiene che, siccome la r.e.m.s. è considerata una misura di sicurezza, disposta dal giudice penale a scopo non solo terapeutico, ma anche per contenere la pericolosità sociale di una persona che ha commesso un reato, è necessario rispettare i principi costituzionali dettati, da un lato, in materia di misure di sicurezza e, dall'altro, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, tra cui la **riserva di legge**, cioè l'esigenza che sia una legge statale a disciplinare la misura, con riferimento non solo ai "casi" in cui può essere applicata, ma anche ai "modi" con cui deve essere eseguita<sup>284</sup>. Oggi, invece, le r.e.m.s. sono regolamentate solo in

---

<sup>284</sup> Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, cit., 17. "La natura "ancipite" di misura di sicurezza a spiccato contenuto terapeutico che l'assegnazione in una REMS conserva nella legislazione vigente comporta, peraltro, la necessità che essa si conformi ai principi costituzionali dettati, da un lato, in materia di misure di sicurezza e, dall'altro, in materia di trattamenti sanitari obbligatori. Sul primo versante, l'art. 25 terzo comma, Cost. dispone che "nessuno può essere sottoposto a misure di

minima parte dalla legge, poiché in gran parte la loro regolamentazione è rimessa ad atti normativi secondari e ad accordi tra Stato e autonomie territoriali, che peraltro rendono fortemente disomogenee queste realtà da Regione a Regione. Quindi, palese risulta il contrasto della norma censurata con il principio di riserva di legge in materia<sup>285</sup>.

---

sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”. Si tratta di una riserva di legge statale. “Inoltre, per quanto l’art. 25, terzo comma, Cost. espressamente richieda soltanto che la legge preveda i “casi” in cui può essere applicata una misura di sicurezza, una lettura di tale norma alla luce dell’art. 13, secondo comma, Cost. non può non condurre alla conclusione che la legge deve altresì prevedere, almeno nel loro nucleo essenziale, i “modi” con cui la misura di sicurezza può restringere la libertà personale del soggetto che vi sia sottoposto. È infatti impensabile che la Costituzione abbia inteso, in linea generale, gravare la legge dell’onere di precisare le modalità delle possibili restrizioni della libertà personale, e abbia poi rinunciato a tale requisito proprio nei confronti delle pene e delle misure di sicurezza, e cioè delle misure suscettibili di restringere la libertà personale degli individui, ed anzi di privarli della loro libertà, spesso per periodi duraturi o, addirittura, per l’intera vita residua”. Proprio per soddisfare questo requisito costituzionale, il legislatore è intervenuto con la legge sull’ordinamento penitenziario del 1975, a dettare una puntuale e articolata disciplina in materia di esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza, che per troppo tempo era rimasta affidata a mere fonti secondarie. “Considerazioni in parte analoghe debbono essere svolte anche sul diverso versante della riserva di legge in materia di trattamenti sanitari obbligatori, di cui all’art. 32, secondo comma, Cost.. Quanto meno allorché un dato trattamento sia configurato dalla legge non soltanto come “obbligatorio”, ma anche come “coattivo”, le garanzie dell’art. 32, secondo comma, Cost. debbono sommarsi a quelle dell’art. 13 Cost., che tutela in via generale la libertà personale, posta in causa in ogni caso di coercizione che abbia ad oggetto il corpo della persona. Con conseguente necessità che la legge preveda anche i “modi”, oltre che i “casi”, in cui un simile trattamento, che lo stesso art. 32, secondo comma, Cost. esige d’altronde sia “determinato”, e dunque descritto e disciplinato dalla legge, può essere eseguito contro la volontà del paziente”. Dalla ricostruzione offerta dalla Corte emerge con chiarezza che, in considerazione della sua natura giuridica, la misura dell’assegnazione alle r.e.m.s. è rigorosamente sottoposta al principio di riserva di legge; CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 7-8.

<sup>285</sup> LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l’inadeguatezza della disciplina vigente*, cit., 3; Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, cit., 18. L’art. 3 *ter* del d.l. n. 211 del 2011 rappresenta la sola disposizione contenuta in un atto avente forza di legge su cui si fonda, oggi, l’intera disciplina dell’assegnazione a una r.e.m.s. Questa disposizione contiene la clausola di “trasformazione automatica” nella nuova misura dei ricoveri in o.p.g. e dell’assegnazione a casa di cura e di custodia disposte dall’autorità giudiziaria, e poi si limita a dettare tre principi generali: l’esclusiva gestione sanitaria; l’attività di vigilanza perimetrale e di sicurezza esterna; la destinazione di norma delle strutture a soggetti residenti nella Regione. Poi, la regolamentazione è demandata interamente a un successivo decreto non regolamentare del Ministro della salute, da adottarsi di concerto con il Ministro della giustizia e d’intesa con la Conferenza Stato e autonomie territoriali. Di conseguenza, la gran parte della disciplina vigente delle r.e.m.s. si fonda oggi su atti distinti dalla legge. Il risultato è che, se oggi la fonte primaria indica in quali “casi” può trovare applicazione la nuova misura di sicurezza (in pratica: tutti quelli in cui, in passato, poteva essere applicato il ricovero in o.p.g. o l’assegnazione a casa di cura o di custodia, risultando inidonea ogni possibile alternativa custodiale), i “modi” di esecuzione della misura, e dunque della privazione di libertà che ne è connaturata, rimangono invece esclusivamente affidati a fonti subordinate e accordi tra il Governo e le autonomie territoriali. Tuttavia, vi è la necessità che una fonte primaria disciplina le r.e.m.s. a livello statale,

La necessità che una fonte primaria disciplini organicamente le r.e.m.s. a livello statale, risponde a ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, particolarmente vulnerabili proprio a causa della loro malattia. Basti pensare che nella prassi dei trattamenti per la cura della malattia mentale non infrequentemente si fa uso delle pur controverse pratiche della contenzione fisica o farmacologica, che rappresentano forse le forme più intense di coazione cui possa essere sottoposta una persona

In secondo luogo, la Corte ha evidenziato che a causa dei suoi **gravi problemi di funzionamento**, il sistema non tutela in modo efficace né i diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche potrebbe realizzare di nuovo, né il diritto alla salute del malato, il quale non riceve i trattamenti necessari per aiutarlo a superare la propria patologia e a reinserirsi gradualmente nella società<sup>286</sup>. Quindi, il giudice delle leggi ritiene che non siano

---

infatti, “gli artt. 13 e 32, secondo comma, Cost., unitamente all’art. 2 Cost., che tutela i diritti inviolabili della persona, tra cui la sua integrità psicofisica, esigono che il legislatore si assuma la delicata responsabilità di stabilire, in ogni caso in chiave di extrema ratio ed entro i limiti della proporzionalità rispetto alle necessità terapeutiche e del rispetto della dignità della persona, se e in che misura sia legittimo l’uso della contenzione all’interno delle REMS, ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione”; CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 8-9.

<sup>286</sup> LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l’inadeguatezza della disciplina vigente*, cit., 3; Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, cit., 19. Vi è un grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione dell’assegnazione in r.e.m.s. Infatti, “un numero di persone almeno pari a quelle ospitate nelle 36 REMS allo stato attive, più in particolare un numero compreso tra le circa 670 e le 750 persone, è, oggi, in attesa di trovare una collocazione in una REMS, nella propria Regione o altrove. La permanenza media in una lista d’attesa è pari a circa dieci mesi; ma in alcune Regioni i tempi per l’inserimento in una REMS possono essere assai più lunghi. Le persone che si trovano in lista d’attesa sono spesso accusate, o risultano ormai in via definitiva essere autrici, di reati assai gravi”. In base a ciò, non si può non rilevare la problematicità dell’esistenza di liste d’attesa nell’esecuzione di provvedimenti emessi dall’autorità giudiziaria nei confronti di autori di reato, sul presupposto della loro pericolosità sociale, e quindi sulla base di una valutazione di probabilità che essi commettano nuovi fatti previsti dalla legge come reati. Per loro natura, questi provvedimenti dovrebbero essere immediatamente eseguiti; CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 10-11. Una situazione in cui sistematicamente rimangono per molti mesi ineseguiti provvedimenti finalizzati ad evitare la commissione di nuovi reati, evidenzia un difetto sistematico di effettività nella tutela dell’intero fascio di diritti fondamentali che l’assegnazione a una r.e.m.s. punta a

infondate neppure le osservazioni del G.i.p. del Tribunale di Tivoli relative al grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione dell'assegnazione in r.e.m.s., che, nel caso oggetto del giudizio a *quo*, è dimostrato dall'impossibilità di eseguire la misura nei confronti dell'interessato, a quasi un anno di distanza dall'ordinanza che per la prima volta l'aveva disposta in via provvisoria, ma che, in termini generali, risulta provato dai dati emergenti dall'istruttoria esperita in sede di giudizio costituzionale, che hanno largamente confermato la prospettazione del remittente.

Infine, in terzo luogo, la Corte ha osservato che l'**estromissione totale del Ministro della giustizia** da ogni competenza in materia di r.e.m.s., non è compatibile con l'art. 110 Cost., che assegna al Guardasigilli la responsabilità dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. La Corte precisa che, essendo la misura in questione fortemente caratterizzata in senso terapeutico, non contrasta affatto con la Costituzione l'affidamento della gestione delle r.e.m.s. ai sistemi sanitari regionali, ma non può, però, ritenersi conforme all'art. 110 Cost., una disciplina che, come quella vigente, non attribuisca alcun ruolo in materia al Ministro della giustizia, lasciando così le singole autorità giudiziarie a interagire direttamente con le strutture amministrative delle singole r.e.m.s. e i vari dipartimenti regionali per la salute mentale<sup>287</sup>. È evidente quindi, il contrasto della norma censurata anche con l'art. 110 Cost.

---

tutelare, quindi, quelli delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche potrebbe nuovamente realizzare, e il diritto alla salute del malato, al quale non vengono praticati i trattamenti e le cure che dovrebbero aiutarlo a superare la propria malattia e a reinserirsi in società.

<sup>287</sup> LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l'inadeguatezza della disciplina vigente*, cit., 3; Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, cit., 21. "Una misura di sicurezza disposta dal giudice penale in seguito alla commissione di un reato da parte dell'interessato, sulla cui esecuzione è chiamato a

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha ritenuto di non poter dichiarare illegittima la normativa in questione, poiché da una pronuncia di questo tipo deriverebbe l'integrale caducazione del sistema delle r.e.m.s., con la conseguenza di un'intollerante vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. In altre parole, dichiara inammissibili le questioni sollevate, poiché il loro accoglimento produrrebbe un risultato incongruo rispetto all'obiettivo perseguito<sup>288</sup>. Da qui, il monito al legislatore, affinché provveda ad una complessa riforma di sistema, che deve assicurare: un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza; la realizzazione ed il buon funzionamento, sul territorio nazionale, di un numero di r.e.m.s.

---

sovrintendere il magistrato di sorveglianza, e che può essere sempre da lui revocata o modificata, rientra a pieno titolo, non meno di quanto avviene per la pena, tra i "servizi relativi alla giustizia" e, in particolare della giustizia penale, sulla cui organizzazione e funzionamento il Ministro della giustizia esercita una competenza fondata direttamente sull'art. 110 Cost." Per questo, non può ritenersi conforme all'art. 110 Cost. una disciplina che, come quella vigente, non attribuisca alcun ruolo in materia al Ministro della giustizia, lasciando così le singole autorità giudiziarie (magistrati di sorveglianza, giudici penali e pubblici ministeri durante la fase delle indagini preliminari e del processo) a interagire direttamente con le strutture amministrative delle singole r.e.m.s. e i vari dipartimenti regionali per la salute mentale, ciascuno operante con logiche diverse e in base a realtà organizzative tra loro assai eterogenee; CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma*, cit., 9-10.

<sup>288</sup> Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, cit., 22. La Corte rileva infatti, quanto alla censura concernente l'estromissione del Ministro della giustizia da qualsiasi competenza significativa in materia di collocazione nelle r.e.m.s., in violazione dell'art. 110 Cost., che l'istruttoria compiuta ha mostrato come lo specifico problema lamentato dal giudice a *quo*, cioè l'inesistenza di un meccanismo che consenta di collocare tempestivamente l'internando in una r.e.m.s., non sia affrontabile con una semplice pronuncia della Corte che restituisce al Ministro della giustizia una competenza nel processo di individuazione di una r.e.m.s. disponibile e di successivo collocamento dell'interessato, anche al di fuori della Regione di residenza di quest'ultimo. Infatti, i dati forniti dai Ministri della giustizia e della salute e dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome hanno mostrato che, allo stato attuale, tutte le r.e.m.s. esistenti nelle varie realtà territoriali sono occupate quasi al limite delle rispettive capacità regolamentari, perciò i posti disponibili sull'intero territorio nazionale sono ampiamente inferiori rispetto al numero delle persone che si trovano in lista d'attesa. Quindi, il rimedio auspicato dal rimettente sarebbe, in questo caso, palesemente inidoneo a garantire il risultato pratico cui egli mira. Inoltre, un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25.3 e dall'art. 32 Cost. determinerebbe l'integrale caducazione del sistema delle r.e.m.s., e produrrebbe anche non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, attraverso il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea.

sufficiente per far fronte ai reali fabbisogni, mediante un potenziamento delle strutture sul territorio, in grado di garantire interventi alternativi adeguati alle necessità di cura, per il malato e di tutela e prevenzione, per la collettività; forme di idoneo coinvolgimento del Ministro della giustizia nel coordinare e monitorare il funzionamento delle r.e.m.s. esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale degli autori di reato, nonché nel programmare il relativo fabbisogno finanziario<sup>289</sup>. La Consulta quindi, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni, pone in rilievo l'urgenza dell'intervento del legislatore, evidenziando che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi della sua inerzia in ordine ai gravi problemi individuati dalla pronuncia in commento.

---

<sup>289</sup> LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l'inadeguatezza della disciplina vigente*, cit., 4.

#### 4. La tutela della vittima

C'è ancora un aspetto che merita una riflessione. Sino ad ora abbiamo visto come l'ordinamento penale italiano prevede che nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile, cioè non aveva la capacità di intendere o di volere. Se poi, il giudice accerta che vi è anche la pericolosità sociale, disporrà l'applicazione soltanto della misura di sicurezza se il vizio di mente è totale, oppure la misura di sicurezza accostata alla pena, nel caso in cui il vizio di mente sia parziale.

Ma, a questo punto sorge una domanda, e cioè, è prevista una tutela per la vittima del reato, dal momento che l'ordinamento prevede l'inimputabilità o la semimputabilità del soggetto che l'ha commesso, qualora questo sia infermo di mente (art. 85 c.p.)?

Prima di tutto, è opportuno definire il concetto di "vittima", e prima ancora di "vittimologia".

Quest'ultima, considerata da molti una branca della criminologia, ha, rispetto alle altre discipline, una storia piuttosto breve. Infatti, i primi studi emergono a partire dagli anni quaranta<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2012, 62-63. Per esempio, nel 1948, H. Von Hentig scrive un'opera intitolata "*The criminal and his victim*". Con questo autore "l'attenzione, prevalentemente focalizzata fino a quel momento sull'autore del reato, sulle sue caratteristiche e sulla sua responsabilità, si concentra invece sul carattere duale dell'interazione criminale: reo e vittima, un binomio inscindibile, una coppia di attori sociali, che non solo nella letteratura, ma anche nella prassi quotidiana, meritano la medesima considerazione affinché si possa intervenire in maniera adeguata nel percorso di recupero di entrambi"; BANDINI T., *Vittimologia*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 1008-1009. La criminologia ha trascurato per molto tempo l'analisi delle vittime dei reati, focalizzando il suo interesse sulla personalità dell'autore, sulle circostanze dei fatti, sulla relazione della società. Questa lacuna è stata colmata parzialmente a partire dagli anni quaranta, quando sono emersi i primi studi sistematici sulle vittime dei reati. In particolare, nel 1948 è stato edito il libro "*The criminal and his victim*" di Von Hentig, considerato da tutti il fondamento della vittimologia come scienza empirica. Le teorizzazioni di questo autore hanno destato vivo interesse tra gli studiosi di criminologia ed hanno determinato un ampio dibattito attorno alla figura della vittima, tanto da

Secondo Guglielmo Gulotta, al quale si attribuisce il merito dell'introduzione in Italia degli studi di vittimologia, quest'ultima può essere definita come *“una disciplina che ha per oggetto lo studio della vittima di un crimine, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali e culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine”*<sup>291</sup>.

Negli ultimi decenni, in seguito alla crescente ondata di delinquenza e alla conseguente richiesta di difesa, si è diffusa a livello giuridico e sociale una maggiore consapevolezza del ruolo centrale della vittima nel reato. In modo particolare, si è giunti fino ad evidenziare come una politica criminale coerente debba tendere alla costante sintesi delle posizioni della vittima e del reo, alla ricerca di un punto di equilibrio tra la libertà individuale e la difesa sociale<sup>292</sup>.

Tra l'altro, la vittimologia ha sicuramente il merito di aver messo in risalto, la figura della vittima, da intendersi, non esclusivamente come un soggetto che subisce passivamente le conseguenze di un reato

---

aprire un nuovo settore d'indagine e da porre le premesse per articolati programmi di ricerca. Gli studi di vittimologia hanno cercato di rispondere, con metodi sempre più sofisticati e con sempre maggior rigore scientifico, ad una complessa serie di interrogativi concernenti il ruolo della vittima nel favorire la commissione del reato e le condizioni che favoriscono la vittimizzazione; i danni di tipo fisico, psicologico, economico e sociale derivanti dal reato; gli eventuali danni secondari conseguenti alla partecipazione della vita all'iter processuale; l'individuazione delle categorie di vittime che, per la loro particolare vulnerabilità, risentono in misura maggiore dei danni derivanti dal reato; i possibili tipi di intervento in favore delle vittime; PAVAN G., *La persona offesa nel diritto penale e nella criminologia*, in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, Torino, 2006, 253-254.

<sup>291</sup> GULOTTA G., *La vittima*, Milano, 1976, 9; SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 74. “La vittimologia restituisce dignità alle vittime e ne delinea i tratti. La vittima non è esclusivamente la “persona offesa dal reato”, ma è una persona che soffre, che improvvisamente subisce una brusca interruzione del suo normale percorso di vita e deve, suo malgrado, fare i conti con una serie di problemi di non facile soluzione, in una realtà che adesso vive come estranea”.

<sup>292</sup> PAVAN G., *La persona offesa*, in RONCO M., *Commentario*, cit., 252.-253. Nel nostro Paese le tradizionali scuole di pensiero giuridico-criminologico avevano in sostanza trascurato la vittima. Secondo la Scuola Classica questa non doveva avere nessun ruolo attivo nell'ambito penale, in quanto il reato era considerato come un evento diretto contro la società; per la Scuola Positiva invece, l'attenzione era rivolta alle caratteristiche biologiche, psicologiche e sociali del delinquente ed alla possibilità di un suo recupero tramite l'applicazione di misure riabilitative, con scarsa considerazione della vittima in concreto.

perpetrato a suo danno, ma come parte attiva, che addirittura può diventare preponderante durante un processo di vittimizzazione<sup>293</sup>.

Invece, per quanto riguarda il termine “vittima” dubbia è la sua etimologia, ma trattasi per certo di un concetto molto risalente nel tempo, legato alle pratiche sacrificali attuate da quasi tutti i popoli dell’antichità e che, nel tempo, è stato sottoposto a studi ed approfondimenti sotto molteplici profili<sup>294</sup>.

Nella legislazione penalistica italiana tale vocabolo non trova posto se non nell’accezione di “persona offesa dal reato” che ha la facoltà, secondo quanto stabilito dall’art. 74 c.p.p., di costituirsi parte civile durante il processo, con il fine di ottenere il risarcimento del danno subito.

Quindi, in senso lato, la vittima può essere definita come un soggetto che patisce una sofferenza che può essere determinata dalle cause più svariate: reati, ingiustizie, calamità, discriminazioni, malattie, paure ecc., ma, dal punto di vista più strettamente criminologico, si può adottare la definizione fornita dalla Decisione Quadro n. 220 del 15 Marzo 2001 del Consiglio dell’Unione Europea riguardante la posizione delle vittime di reato durante il procedimento penale, secondo cui, la vittima è “*la persona fisica che ha subito un pregiudizio fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati da atti o*

---

<sup>293</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 63.

<sup>294</sup> MENDICINO R., *La vittimizzazione secondaria, in I profili dell’abuso Profiling. Giornale scientifico a cura dell’O.N.A.P. (Osservatorio Nazionale Abusi Psicologici)*, 2015, 1. Indubbia è l’origine del termine “vittima”. Sicuramente latina, da *victima*, *victuma*, per gli antichi derivante da *victus*, cibo offerto agli dei, o da *vincire*, legare, perché si conduceva *victa*, legata al sacrificio. Invece, una terza ipotesi riporta alla radice di *vigère*, essere robusto, essere forte, proprio perché la vittima era scelta tra i capi migliori, oppure animale grosso; SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 63-64. “Di etimologia incerta, di derivazione latina “*victima*”, il termine affonda le radici in un passato assai lontano e richiama immediatamente alla mente l’idea del sacrificio, un sacrificio che, a seconda dei contesti, delle società e delle epoche, può essere animale o umano e spesso svolge la funzione di elemento catalizzatore, sul quale far confluire le energie negative, che viene immolato per la salvaguardia dell’ordine comunitario.

*omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale*". Il soggetto che ha subito, a causa di un reato perpetrato a suo danno, un pregiudizio di tale entità sarà quindi, costretto ad affrontare le conseguenze di un processo di vittimizzazione che non aveva messo in conto. Tale pregiudizio va ad intaccare le dimensioni fiduciarie indispensabili per orientarsi nel proprio ambiente quotidiano, poiché il mondo appare non più sicuro, una sensazione di spaesamento ed angoscia s'impadronisce della vittima e la costringe spesso ad un blocco emotivo in grado di condizionare in modo negativo la sua esistenza<sup>295</sup>. Dunque, l'aiuto di cui necessitano le vittime di reato per ristabilire un equilibrio psicologico che è stato incrinato non è solo emotivo, emozionale ed empatico, bensì spesso anche di natura pratica, in quanto la persona offesa dal reato è costretta ad affrontare realtà sconosciute come per esempio, un *iter* processuale.

C'è da dire che, soltanto negli ultimi decenni l'ordinamento giuridico si è compiutamente occupato della vittima del reato, ponendola al centro di uno studio interdisciplinare con le finalità della prevenzione dei fenomeni di vittimizzazione sia primaria che secondaria, e di ricerca ed attuazione di ogni idoneo strumento di tutela in suo favore.

Spesso si ignora come la vittima subisca non soltanto le conseguenze direttamente connesse al reato stesso e dipendenti da elementi intrinseci alla fattispecie criminosa, ma anche quelle indirettamente connesse al reato e derivanti dall'impatto della vittima con l'apparato giudiziario. Le prime si riconducono nell'ambito degli effetti di vittimizzazione primaria, cioè quel complesso di conseguenze pregiudizievoli di tipo fisico, psicologico, economico e sociale, prodotte sulla vittima

---

<sup>295</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 64-65.

direttamente dal reato subito, modulate in base all'età, al sesso, alla predisposizione genetica, alle caratteristiche psicologiche di ciascuno; mentre, le seconde sono l'effetto della vittimizzazione secondaria, cioè quelle conseguenze negative, dal punto di vista emotivo e relazionale, che derivano dal contatto tra la vittima e il sistema delle istituzioni in generale, e quello della giustizia penale in particolare<sup>296</sup>. Peraltro, il fenomeno della seconda vittimizzazione non riguarda solo le vittime dirette, cioè coloro che sono stati colpiti dal crimine in prima persona, ma possono subirne le conseguenze anche le vittime indirette, cioè i familiari, che anche quest'ultimi devono essere considerati a pieno titolo, vittime del medesimo autore di reato<sup>297</sup>.

Sicuramente risulta rischioso sottovalutare gli effetti della vittimizzazione secondaria in quanto, in alcuni casi, i suoi effetti possono addirittura essere più pregiudizievoli di quelli della vittimizzazione primaria, perché essendo causata dal contesto istituzionale stesso, va a frustare le aspettative di tutela e di assistenza

---

<sup>296</sup> MENDICINO R., *La vittimizzazione secondaria*, cit., 1-2. Spesso succede che le vittime diventino tali una seconda volta a causa dei metodi utilizzati nei loro confronti dalle forze di polizia e degli appartenenti al sistema giudiziario. Naturalmente il rischio di vittimizzazione secondaria è più elevato quando si tratta di vittime particolarmente deboli, come per esempio, i minori, i minorati mentali e/o fisici o le vittime dei reati sessuali; SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 67-68. I danni per la vittima derivanti dal reato si distinguono in primari e secondari. Il danno primario è quello che consegue all'azione criminosa, che oltre alle perdite economiche e le eventuali lesioni fisiche, esso si caratterizza anche per rilevanti disagi psicologici di medio e lungo termine; mentre il danno secondario, è determinato dagli effetti negativi indotti sulla vittima dalla risposta sociale formale (dipendente dal comportamento delle forze di polizia e dell'apparato giudiziario) e informale (dipendente dal comportamento di familiari, amici e conoscenti delle vittime) alla vittimizzazione. Spesso è il ruolo delle agenzie di controllo sociale, formale ed informale, a rendere ancora più arduo il ripristino della normalità. Infatti, spesso si assiste al fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria. La vittima sarebbe costretta a subire ulteriori umiliazioni da parte di coloro i quali, invece, dovrebbero proteggerla, assisterla e accompagnarla nel percorso di recupero; BANDINI T., *Vittimologia*, cit., 1011-1012; FANCI G., *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2011, 54. Secondo la studiosa, la vittimizzazione secondaria può essere definita come "una condizione di ulteriore sofferenza e oltraggio sperimentata dalla vittima in relazione ad un atteggiamento di insufficiente attenzione, o di negligenza, da parte delle agenzie di controllo formale nella fase del loro intervento e si manifesta nelle ulteriori conseguenze psicologiche negative che la vittima subisce".

<sup>297</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 69.

che la vittima di un reato legittimamente vanta nei confronti dello Stato, che è per antonomasia il soggetto deputato a difenderla. È quindi necessario prevenire la vittimizzazione secondaria in modo da dedicare una rinnovata attenzione alle difficoltà personali, di vita e psicologiche della vittima, poiché questo tipo di vittimizzazione esperita durante l'avventura giudiziaria, potrebbe influire negativamente su altri ambiti della sfera personale e psicologica, come l'autostima, la fiducia nel futuro, in un mondo migliore e nella giustizia<sup>298</sup>.

Per questo, da alcuni anni sono sorti gruppi di pressione e di azione che si sono fatti carico di denunciare alle autorità competenti e all'opinione pubblica la gravità di certe situazioni di vittimizzazione, di sollecitare le riforme e gli interventi considerati indispensabili per il miglioramento della condizione della vittima, nonché di offrire aiuto ed assistenza a coloro che hanno subito le dirette conseguenze del crimine<sup>299</sup>.

Per entrambe le forme di vittimizzazione, le istituzioni europee sono intervenute, ma in particolare per quella secondaria, al fine di porre l'accento sull'importanza e la necessità di una formazione adeguata e professionale per tutti quegli operatori che hanno a che fare con le vittime di reato. Infatti nella Decisione Quadro del 15 Marzo 2001 (2001/220/GAI), all'art. 14, si ribadisce che *“ciascuno Stato membro incentiva, attraverso servizi pubblici o mediante il finanziamento delle organizzazioni di assistenza alle vittime, iniziative atte a offrire un'adeguata formazione professionale alle persone che intervengono*

---

<sup>298</sup> FANCI G., *La vittimizzazione secondaria*, cit., 54 e 64. La studiosa ritiene necessario che la società e le sue istituzioni devono giocare un ruolo sociale nella possibilità di rendere giustizia alle vittime, infatti l'aiuto attivo degli altri ripristina un senso di giustizia e di armonia nella socialità distrutta della vittima e aiuta le vittime nel difficile passaggio verso il nuovo mondo del dopo vittimizzazione.

<sup>299</sup> BANDINI T., *Vittimologia*, cit., 1014.

*nel procedimento o, comunque, entrano in contatto con le vittime, con particolare riferimento alle necessità delle categorie più vulnerabili*<sup>300</sup>.

Poi ancora, sempre la Decisione quadro (2001/220/GAI) all'art. 13 prevede che *“ciascuno Stato membro promuove l'intervento, nell'ambito del procedimento di servizi di assistenza alle vittime, con il compito di organizzare la loro accoglienza iniziale e di offrire loro sostegno e assistenza successivi attraverso la messa a disposizione di persone all'uopo preparate nei servizi pubblici o mediante il riconoscimento e il finanziamento di organizzazioni di assistenza alle vittime (...)*<sup>301</sup>. Tuttavia, il nostro paese si trova in grande ritardo rispetto ai dettami delle direttive europee che incoraggiano la creazione e la diffusione di tali centri a livello nazionale.

Anche le organizzazioni internazionali, soprattutto in Europa, sono intervenute spesso nei confronti della vittima e hanno emanato una serie di provvedimenti con il fine di migliorare la condizione, durante e dopo il procedimento penale, affinché questa non venga lasciata sola e perché venga garantito il rispetto di diritti inalienabili che le spettano e che, invece, molto spesso e con troppa superficialità, vengono calpestati<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 68-69; Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 15 Marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, l. 82/2 del 22.3.2001. Art. 14.

<sup>301</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 70-71; Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 15 Marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (2001/220/GAI), Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, l. 82/2 del 22.3.2001. Art. 13.

<sup>302</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 74-75. Il processo di vittimizzazione può avere conseguenze serie sia a livello fisico che psicologico ed il loro superamento può essere complesso e lungo. Quindi, le vittime necessitano spesso di un percorso di accompagnamento posto in essere da professionisti che sappiano aiutarle ad affrontare quanto accaduto. Ed uno dei rischi maggiori in quanto comporta notevoli implicazioni, è quello della vittimizzazione secondaria. La questione vittimologica è complessa e riguarda la salvaguardia di diritti inalienabili e per questo motivo, nel rispetto delle vittime e dei loro diritti, le istituzioni internazionali e in particolare, il Consiglio d'Europa, si sono pronunciati più volte invitando gli Stati ad un intervento in loro supporto, che sappia tener conto della loro necessità. Ma nonostante ciò, la strada da percorrere per il

In ordine cronologico, nel 1983 a Strasburgo gli stati membri del Consiglio dell'Unione Europea siglano la Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti, e nel 1985 viene sottoscritta la Raccomandazione n. 11 relativa alla posizione della vittima nell'ambito del diritto penale e della procedura penale<sup>303</sup>. Sempre nel 1985 viene emanata la Risoluzione n. 40/34 dell'ONU con cui l'Assemblea generale approva la Dichiarazione sui principi fondamentali di giustizia in favore delle vittime della criminalità e delle vittime di abusi di potere<sup>304</sup>. Nel 1987, il Consiglio europeo emana la Raccomandazione n. 21, relativa all'assistenza alle vittime e alla prevenzione della vittimizzazione.

Sicuramente, una pietra miliare tra le disposizioni che sono state impartite dall'Unione Europea, è rappresentata dalla già menzionata Decisione Quadro del 15 Marzo 2001 (2001/220/GAI), che concerne la

---

riconoscimento dei diritti delle vittime, per il rispetto assoluto durante tutte le fasi del procedimento penale, fin dai contatti iniziali con le forze dell'ordine, è ancora lunga; BANDINI T., *Vittimologia*, cit., 1014-1015. L'autore evidenzia come l'ampio movimento internazionale a favore delle vittime del crimine abbia favorito il sorgere, in molti paesi europei ed extraeuropei, di numerosi ed articolati programmi di aiuto e di assistenza diretti ad alleviare le sofferenze di chi è stato vittima di reato ed a soddisfare i bisogni di questi ultimi, siano essi economici, psicologici o sociali. Questi programmi sono di tre tipi: diretti a fronteggiare la crisi della vittima immediatamente dopo il reato; diretti ad assistere la vittima nell'ambito del sistema della giustizia penale; diretti a risarcire economicamente la vittima.

<sup>303</sup> La raccomandazione n. 11 del 1985 del Consiglio dell'Unione Europea, introduce nuove proposte che riguardano la creazione di una rete professionale e statale di strutture di assistenza alle vittime e all'incentivazione di pratiche alternative di risoluzione del conflitto, quali la mediazione e la conciliazione, tra l'autore e la vittima del reato. Grande attenzione è rivolta al risarcimento del danno, viene ribadito il diritto di partecipazione attiva della vittima al processo penale e la possibilità concreta per quest'ultima di esercitare un'influenza nel corso del procedimento.

<sup>304</sup> MENDICINO R., *La vittimizzazione secondaria*, cit., 3. È stato un primo ufficiale tentativo di definizione di una tutela effettiva per le vittime di reato. Risulta significativo come le Nazioni Unite evidenzino come la vittima di un reato sia una persona, sola o collettivamente intesa, che ha subito una sofferenza, non soltanto fisica, ma anche psicologica. Inoltre, la vittima può subire perdite economiche determinate da atti perlopiù omissivi delle istituzioni, quindi dovrà essere risarcita del danno subito nel breve periodo possibile e con la minima sofferenza. Poi, compito di ogni ordinamento sarà di informare prioritariamente la vittima dei suoi diritti oltre ad intraprendere qualsiasi iniziativa utile a facilitare e migliorare la posizione di quest'ultima, soprattutto informandola in sede processuale su quello che è lo stato della conduzione delle indagini.

posizione della vittima durante il procedimento penale, ed oltre a fornire una definizione esauriente di “vittima”, raccoglie una serie di diritti fondamentali che i paesi membri sono tenuti a rispettare<sup>305</sup>.

Ancora nel 2001, a Bruxelles, la Commissione delle Comunità Europee presenta il Libro Verde relativo al risarcimento delle vittime in Europa, e nel 2004 la Direttiva 2004/80/CE regola l'indennizzo delle vittime nelle situazioni frontaliere, in modo che queste abbiano diritto ad ottenere un indennizzo equo per le lesioni subite, indipendentemente dal luogo della comunità europea in cui il reato è stato commesso.

A fronte di ciò, si può dire che gli interventi, soprattutto da parte del Consiglio europeo sono stati numerosi e ripetuti, ma le attuazioni operative, a livello nazionale e internazionale, stentano a concretarsi.

In modo particolare, per la Decisione Quadro erano state stabilite delle scadenze vincolanti entro cui gli stati membri avrebbero dovuto uniformarsi in materia di protezione ed assistenza alle vittime, ma essendo che tali termini erano stati disattesi e i dettami richiedevano una revisione, di fatto, gli obiettivi della Decisione Quadro non erano stati pienamente realizzati, quindi, il 18 Maggio 2011, il Parlamento europeo e il Consiglio hanno varato una proposta di direttiva che

---

<sup>305</sup> Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 15 Marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, (2001/220/GAI), Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, l. 82/2 del 22.3.2001. Articolo 2. Infatti, la Decisione Quadro, all'art. 2 denominato “Rispetto e riconoscimento” dispone che *“ciascuno Stato membro prevede nel proprio sistema giudiziario penale un ruolo effettivo ed appropriato delle vittime. Ciascuno Stato si adopererà affinché alla vittima sia garantito un trattamento debitamente rispettoso della sua dignità personale durante il procedimento e ne riconosce i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale. Ciascuno stato membro assicura che le vittime particolarmente vulnerabili beneficino di un trattamento specifico che risponda in modo ottimale alla loro situazione”*.

Poi, gli articoli successivi tutelano il diritto all'informazione, alla protezione delle vittime, sia dirette sia indirette, al risarcimento da parte dell'autore di reato, e sanciscono la necessità di evitare che la vittima possa subire ulteriori pregiudizi, durante il procedimento.

istituisce le norme minime relative ai diritti, all'assistenza e alla protezione delle vittime di reato<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia*, cit., 71-74. La proposta di direttiva ha lo scopo di assicurare che le esigenze delle vittime di reato vengano rispettate, con un'attenzione particolare verso le vittime particolarmente vulnerabili. Inoltre, viene ribadita la necessità di estendere sostegno e protezione ai familiari delle vittime, viene tutelato il diritto all'informazione, il diritto di comprendere ed essere compresi, il diritto di assistenza e il diritto al rimborso delle spese. Viene ancora posto l'accento sulla formazione degli operatori della giustizia che deve vertere su questioni come la consapevolezza degli effetti negativi del reato sulla vittima e il rischio di vittimizzazione secondaria, e sulle competenze e conoscenze necessarie, tra cui alcune misure e tecniche speciali per assistere le vittime e ridurre al minimo i traumi in specie quelli derivanti dalla vittimizzazione secondaria. Poi ancora, un'attenzione particolare è rivolta al diritto all'assenza di contatti tra le vittime e gli autori di reati. Inoltre, viene posta l'attenzione all'informazione e al sostegno, alla partecipazione al procedimento penale, salvaguardando una serie di diritti inalienabili come per esempio quello di essere sentiti, il diritto di chiedere la revisione, nel caso si decidesse il non luogo a procedere, e il diritto al gratuito patrocinio e alla restituzione dei beni, appartenenti alla vittima e sequestrati durante il procedimento penale. Infine, hanno un ruolo di primaria importanza anche il riconoscimento della vulnerabilità e la protezione delle vittime, la cooperazione e il coordinamento nell'ottica di un *network* internazionale, capace di consentire gli opportuni collegamenti tra i sistemi giudiziari, i centri di assistenza, con il fine di offrire alle vittime una risposta esaustiva e coordinata e ridurre al minimo le conseguenze negative dell'impatto vittimizzante e la possibilità di ulteriori vittimizzazioni.

#### **4.1. La sentenza 29.01.2016 n. 12 relativa al proscioglimento per infermità di mente dell'imputato e soddisfazione della pretesa civilistica. Un caso di "vittimizzazione secondaria".**

Ritornando ora alla riflessione premessa all'inizio del paragrafo precedente, vi è stata una sentenza in cui la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo il divieto di decidere sulla responsabilità civile in caso di assoluzione per vizio di mente, e tra le contestazioni del ricorrente vi era anche la presenza del fenomeno di "vittimizzazione secondaria". A fronte dell'assoluzione dell'imputato per vizio di mente, la vittima non ha potuto godere del risarcimento del danno, e della sua tutela, nell'ambito del processo penale.

Con la pronuncia n. 12 del 29.01.2016 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e seguenti del medesimo codice, quando pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato in quanto non imputabile per vizio totale di mente, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 15.01.2015<sup>307</sup>.

In questo caso la Corte si trova ad affrontare una delicata questione sottesa ai rapporti tra il processo penale e il processo civile, nonché alla tutela giudiziale delle pretese della persona danneggiata dall'autore del reato. Se lo strumento funzionale al diritto della vittima di ottenere un

---

<sup>307</sup> Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, in *Giur. Cost.*, 2016, 77 ss.; con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato e soddisfazione della pretesa civilistica*, 2016, 88; MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere sulla responsabilità civile in caso di assoluzione per vizio di mente*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 1; LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione del danno: un'occasione perduta?*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2016, 1-2.

ristoro per il danno subito è la costituzione quale parte civile in sede penale, questo espediente diventa insoddisfacente nell'ipotesi in cui all'esito del giudizio non venga affermata la responsabilità dell'imputato. Il problema quindi, non riguarda tanto il caso in cui il compendio probatorio acquisito dal giudice non sia tale da ritenere sussistente il fatto di reato o la riferibilità dello stesso all'imputato, quanto alla distinta ipotesi in cui pur ricorrendo questi presupposti, l'autore venga dichiarato non imputabile al momento del fatto per vizio totale di mente.

Il punto di partenza è l'art. 538 c.p.p.<sup>308</sup> nella parte in cui limita la decisione sulla domanda di restituzioni e risarcimento del danno nel caso di costituzione di parte civile, nelle forme di cui agli artt. 74 e ss., all'ipotesi in cui venga pronunciata sentenza di condanna dell'imputato. Infatti, stando alla lettera della disposizione, qualsiasi decisione diversa dalla condanna è ostativa alla cognizione del giudice penale della domanda risarcitoria, tra cui appunto, anche la decisione di assoluzione dell'imputato per vizio totale di mente. Ed è proprio quest'ultimo caso a destare perplessità per il giudice monocratico di Firenze, il quale ritiene che la sentenza di assoluzione dell'imputato per vizio totale di mente non ha una valenza pienamente liberatoria postulando, al pari della sentenza di condanna, l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato, sia dal punto di vista dell'elemento materiale, sia da quello psicologico.

---

<sup>308</sup> Art. 538 c.p. Condanna per la responsabilità civile: 1. *“Quando pronuncia sentenza di condanna, il giudice decide sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta dagli articoli 74 e seguenti.*

2. *Se pronuncia condanna dell'imputato al risarcimento del danno, il giudice provvede altresì alla liquidazione, salvo che sia prevista la competenza di altro giudice.*

3. *Se il responsabile civile è stato citato o è intervenuto nel giudizio, la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno è pronunciata anche contro di lui in solido, quando è riconosciuta la sua responsabilità”.*

Secondo il giudice a *quo*, la disposizione di cui all'art. 538 c.p.p. violerebbe l'art. 3 Cost., in quanto determina un'irragionevole **disparità di trattamento** fra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo penale che si conclude con l'assoluzione dell'imputato per totale infermità di mente, e il danneggiato che vede invece, esaminata la sua domanda risarcitoria all'esito della condanna dell'imputato sano di mente.

Inoltre, risulterebbe compromesso il pieno esercizio del **diritto di difesa** (art. 24 Cost) del danneggiato, il quale dovrebbe instaurare un nuovo giudizio innanzi al giudice civile per soddisfare i suoi diritti, con la totale vanificazione della scelta di far valere la pretesa risarcitoria in sede penale<sup>309</sup>.

Infine, risulterebbe leso anche il **principio di ragionevole durata del processo** di cui all'art. 111.2 Cost., dal momento che la necessità di trasferire la domanda risarcitoria in sede civile allontanerebbe nel tempo la sentenza definitiva e impegnerebbe ulteriori risorse giudiziarie, senza alcun apprezzabile motivo<sup>310</sup>. Peraltro, tale principio troverebbe un'applicazione specifica in materia di tutela delle vittime del reato in base all'art. 16.1 della direttiva n. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che dispone: "*gli Stati membri garantiscono alla vittima il diritto di ottenere una decisione in merito*

---

<sup>309</sup> LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 2. In base alla seconda violazione (art. 24 Cost.), la studiosa ritiene che il fatto di costringere il danneggiato-vittima alla moltiplicazione dei riti al fine di conseguire la tutela risarcitoria, gli arreca un pregiudizio non solo patrimoniale, ma anche e prima di tutto morale, vista la necessità per costui di rievocare davanti a giudici diversi, anche a distanza di tempo, i fatti posti a base dell'azione penale e della conseguente domanda civile.

<sup>310</sup> LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 2. In merito alla terza censura, la studiosa evidenzia che il principio di ragionevole durata del processo deve intendersi non solo come garanzia soggettiva propria del danneggiato-vittima, ma anche come canone oggettivo di economia e di efficienza del sistema processuale, in base al quale, la risorsa "giustizia" peraltro limitata, deve essere utilizzata in base a criteri di proporzionalità che sconsigliano l'ingustificata ripetizione di attività processuali, e in particolare istruttorie.

*al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale entro un ragionevole lasso di tempo, tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario".* Ed inoltre, tale principio gode di una copertura pure nell'art. 6.1 CEDU e, come ha rilevato la Corte europea dei diritti dell'uomo, opera, così come tutte le altre garanzie previste dall'art. 6.1, anche a favore del danneggiato che si sia costituito parte civile nel processo penale<sup>311</sup>.

Ma, sebbene le censure mosse dal giudice a *quo* scomodano tre principi di diritto fondamentali, non hanno comunque persuaso la Corte, che ha superato le criticità sollevate in base al fondamento logico-sistematico dell'art. 538 c.p.p., sostenendo che questa disposizione non impedisce all'interessato di conseguire altrimenti il riconoscimento dei suoi diritti. Infatti, due sono i principi a parere della Corte, sottesi alla disciplina della costituzione di parte civile nel processo penale: da una parte, il **carattere accessorio e subordinato dell'inserimento dell'azione civile nel processo penale**, da cui consegue il suo necessario adattarsi alla funzione e alla struttura del processo penale volto a perseguire interessi pubblicistici connessi all'accertamento dei reati e alla rapida definizione dei processi; e dall'altra, la **separazione dei giudizi penale e civile**. La Corte quindi, ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice di Firenze, ricordando come l'ordinamento vigente sia ispirato alla logica del *favor separationis* tra l'azione penale e l'azione civile. In tale contesto, secondo i giudici costituzionali, l'azione civile esercitata nel processo penale assumerebbe un carattere accessorio e subordinato, pertanto, il

---

<sup>311</sup> MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere*, cit., 1; Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato*, cit., 90.

danneggiato che si costituisce parte civile dovrebbe subirne tutte le conseguenze, ed in particolare, accettare il rischio che il giudice penale perda la competenza a decidere sulle questioni civilistiche a causa del proscioglimento dell'imputato. In alternativa, egli potrebbe agire in sede civile fin dall'inizio. Tra l'altro, in passato questa scelta era disincentivata dall'obbligo per il giudice civile di sospendere il processo civile e di attenersi alle statuizioni contenute nel giudicato penale stabilito dal codice del 1930. Ma ad oggi, non troverebbe più queste controindicazioni<sup>312</sup>.

Peraltro, se il danneggiato opta per l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, anziché nella sede sua propria, deve tener conto, nell'ambito della valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi delle due alternative che gli sono offerte, dell'impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria quando il processo penale si conclude con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa.

In base a queste considerazioni la Corte supera quindi, le singole censure sollevate dal giudice remittente. Difatti, ritiene che non vi è alcuna violazione dell'art. 3 Cost., poiché le ipotesi poste a confronto dal giudice a *quo*, cioè la sentenza di assoluzione dell'imputato per

---

<sup>312</sup> Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato*, cit., 89; LA BARBIERA G., *Imputato assolto per vizio di mente: legittima la norma che esclude il risarcimento*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2016, 1. Lo studioso evidenzia che questo automatismo processuale è da considerarsi, secondo i giudici della Corte costituzionale, ormai in disuso, in quanto in epoca attuale, risulta consolidata, in sede processuale, l'operatività del principio della separazione e dell'autonomia dei giudizi. Quindi, ne deriva che una condanna, in sede di processo penale, attiene unicamente al provvedimento che applica una pena e non si estende invece, alle statuizioni di carattere civile. Ed infatti, in base a questa argomentazione, la questione di legittimità costituzionale di cui all'art. 538 c.p.p., sollevata dal Tribunale ordinario di Firenze, con riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., deve essere considerata infondata, poiché nessuno dei diritti sanciti nelle disposizioni costituzionali appena citate, può concretamente essere pregiudicato dall'operatività, in sede di processo penale, del principio di separazione ed autonomia dei giudizi.

vizio totale di mente e la sentenza di condanna, sono eterogenee per quanto riguarda il trattamento della domanda civile del danneggiato. Infatti, se è vero che anche la sentenza assolutoria per infermità totale di mente postula in ogni caso l'accertamento della sussistenza del fatto e della riferibilità all'imputato, l'unico segno distintivo tra queste è che con la sentenza di condanna la responsabilità penale dell'imputato viene affermata, irrogando una pena a carico dell'imputato, mentre con la sentenza di assoluzione per vizio totale di mente viene esclusa<sup>313</sup>. Inoltre, la Corte precisa che anzi, viene esclusa, in base alla regola generale dell'art. 2046 c.c.<sup>314</sup>, persino la sua responsabilità civile. Dunque, la pretesa del danneggiato non troverebbe più il suo fondamento nell'art. 185 c.p.p.<sup>315</sup>, che obbliga l'autore del reato e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere del fatto di lui a risarcire il danno, patrimoniale o non patrimoniale, cagionato dal reato stesso, bensì nell'art. 2047 c.c.<sup>316</sup>. In base a quest'ultima disposizione, il danneggiato potrà conseguire il ristoro del pregiudizio

---

<sup>313</sup> Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato*, cit., 89-90. L'autore evidenzia che quanto sostenuto dalla Corte pecca di formalismo. Infatti, è la stessa Corte a ricordare come, nella sostanza, il proscioglimento per difetto di imputabilità, indipendentemente dalla circostanza che disponga l'applicazione di una misura di sicurezza, postuli "l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato, in termini tanto materiali che psicologici". Quindi, un'identità con il contenuto della condanna che non giustifica il trattamento differenziato previsto dall'art. 538.1 c.p.p.

<sup>314</sup> Art. 2046 c.c. Imputabilità del fatto dannoso: 1. *"Non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa"*.

<sup>315</sup> Art. 185 c.p. Restituzioni e risarcimento del danno: 1. *"Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili."*

2. *Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui"*.

<sup>316</sup> Art. 2047 c.c. Danno cagionato dall'incapace: 1. *"In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto."*

2. *Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità"*.

subito unicamente da terzi, cioè dai soggetti tenuti alla sorveglianza dell'incapace, qualora questi non provino di non aver potuto impedire il fatto (art. 2047.2 c.c.). Soltanto in via sussidiaria, allorché non risulti possibile ottenere il risarcimento in tal modo, il danneggiato sarà abilitato a pretendere dall'incapace, non il risarcimento, ma la corresponsione di un'equa indennità, rimessa, peraltro, sia nell' *an* che nel *quantum*, all'apprezzamento discrezionale del giudice, in base ad una comparazione delle condizioni economiche delle parti (art. 2047.2 c.c.)<sup>317</sup>.

Inoltre, non vi sarebbe alcuna lesione del diritto di difesa (art. 24 Cost.) del danneggiato, poiché rimane sempre aperta la possibilità di far valere la pretesa in sede civile<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato*, cit., 85; MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere*, cit., 2; LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 2-3. Con riferimento alla prima censura, la Corte rileva che sebbene entrambi i provvedimenti, la sentenza di condanna e quella di assoluzione, implicano l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato, in termini tanto materiali che psicologici, soltanto nella sentenza di condanna, la responsabilità penale dell'imputato viene affermata; invece, nella sentenza di assoluzione per difetto d'imputabilità, tale responsabilità viene esclusa, ed anzi, viene esclusa persino la responsabilità civile dell'imputato, quindi il danneggiato potrà ottenere il risarcimento solo dai terzi tenuti alla sorveglianza dell'incapace (art. 2047.1 c.c.), salvo richiedere un'equa indennità a quest'ultimo, in via sussidiaria, ove questi terzi manchino (art. 2047.2 c.c.).

<sup>318</sup> Corte cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato*, cit., 89. Lo studioso evidenzia che la Corte ha giustamente osservato che, l'impossibilità per il danneggiato di vedere accolte le proprie richieste da parte del giudice penale, non comporterebbe un "apprezzabile" violazione del diritto di difesa per una ragione: quest'ultimo potrebbe trovare la sua piena esplicazione nel processo civile, nell'ambito del quale, il proscioglimento per difetto di imputabilità non eserciterebbe nessun tipo di vincolo; MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere*, cit., 2; LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 3. Quanto alla violazione dell'art. 24 Cost., nel sistema processuale vigente, ispirato all'autonomia e alla separazione dei giudizi, il danneggiato è libero di agire in sede civile senza incorrere né nella sospensione del giudizio risarcitorio, né nell'efficacia in *damno* del giudicato penale, quindi quando egli, al contrario, opti per la costituzione di parte civile, dovrà assumersi il rischio che le evenienze del processo penale gli arrechino nocimento. In questa cornice, l'impossibilità di ottenere una decisione sulla domanda risarcitoria laddove il processo penale si concluda con una sentenza di proscioglimento per qualunque causa, rappresenta, secondo la Corte, uno degli elementi di cui il danneggiato dovrà tener conto nel compiere la valutazione comparativa dei vantaggi e svantaggi insiti nell'alternativa che gli è stata concessa.

Ed infine, con riferimento alla violazione del principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), la Corte evidenzia come essa sia ravvisabile solo con riferimento a quelle norme che comportano una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza, e quest'ipotesi non riguarda il caso di specie, poiché se è vero che la preclusione della decisione sulle questioni civili nel caso di proscioglimento dell'imputato per qualsiasi causa posticipa la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria del danneggiato, imponendogli di instaurare un giudizio civile, tale evenienza trova giustificazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile, inserita nel processo penale rispetto alle finalità pubblicistiche di quest'ultimo<sup>319</sup>.

Il senso di aver menzionato questa sentenza è quello di evidenziare come la Corte costituzionale in base alle considerazioni appena viste, abbia evidenziato un'incompiuta tutela del danneggiato-vittima, a fronte dell'assoluzione dell'imputato per vizio di mente. Ed è proprio da qui che emerge quell'aspetto della "vittimizzazione secondaria".

Infatti, il rimettente ha ravvisato quest'ultima nella moltiplicazione dei giudizi *de damno*, sia per l'irragionevole dilatazione dei tempi necessari alla decisione del risarcimento, sia soprattutto, per il pregiudizio morale in cui l'offeso può incorrere nel dover rievocare a distanza di tempo, davanti al giudice civile, i medesimi fatti "dolorosi" già posti a base dell'azione penale. Ed è proprio in questa prospettiva che vi dovrebbe essere la possibilità per il danneggiato-vittima, una volta esperita in

---

<sup>319</sup> MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere*, cit., 2; LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 3-4. La Corte esclude che l'art. 538 c.p.p., nell'impedire la decisione sul danno con la sentenza assolutoria per vizio di mente, violi il principio di ragionevole durata del processo (art. 111.2 Cost.), e ciò a prescindere dal fatto che lo si intenda come canone oggettivo di efficienza o quale garanzia soggettiva del danneggiato-vittima.

sede penale l'azione risarcitoria, di ottenere proprio in quella sede soddisfazione della sua pretesa, in modo da evitare che al danno "da reato" si aggiunga anche il "danno da processo".

Tuttavia, la Corte costituzionale è rimasta insensibile a questi argomenti, limitandosi a constatare che l'art. 16 della direttiva 2012/29/UE non impone agli Stati membri di garantire alla vittima una decisione sul risarcimento ad opera del giudice penale quando il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario, cosa che peraltro si verifica nell'ordinamento italiano, quando l'imputato sia assolto in sede penale per totale infermità di mente, tuttavia, in quest'ottica, tale interpretazione dell'art. 16 può essere opinabile, poiché la Corte valorizza esclusivamente la lettera, senza alcun tipo di attenzione al suo impianto sistematico che è proprio finalizzato a prevenire il rischio della "vittimizzazione secondaria". Inoltre, anche dal punto di vista testuale, l'art. 16 della direttiva induce a conclusioni diverse da quelle tratte dalla Corte, in quanto, da un lato, individua nel processo penale la sede privilegiata, seppure non esclusiva, della decisione sul risarcimento<sup>320</sup>, e dall'altro, evidenzia come questa decisione debba intervenire in un ragionevole lasso di tempo. In questo contesto, la clausola di salvaguardia "*tranne qualora il diritto nazionale preveda che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario*", sembra funzionale a garantire la compatibilità comunitaria degli ordinamenti che non consentono in radice l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, e non dei sistemi, come il nostro, in cui dopo aver permesso alla vittima

---

<sup>320</sup> Difatti, individua la regola nell'obbligo, per gli stati membri, di garantire la decisione sul risarcimento nel procedimento penale, e l'eccezione ("*tranne qualora...*") nel prevedere invece tale decisione in un diverso procedimento giudiziario.

di agire *de damno* in sede penale, le si opponga un ingiustificato non *liquet* che la costringerà ad una defatigante duplicazione di attività processuali, per definizione incompatibili con quella decisione in tempi ragionevoli che la direttiva pretende<sup>321</sup>.

---

<sup>321</sup> LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione de damno*, cit., 7-8.





## Conclusion

Lo scopo di questo elaborato è quello di illustrare il dibattito emerso in merito al concetto di imputabilità affrontato al giorno d'oggi sia in dottrina che nelle aule di tribunale. In particolare, si è cercato di spiegare la natura e le relative implicazioni di una delle cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità: il vizio di mente.

L'imputabilità è una categoria giuridica che trova il suo fondamento, secondo la teoria più antica, nella libertà del volere (c.d. libero arbitrio). Tuttavia, essendo che il problema del libero arbitrio non è ancora stato risolto, poiché non si sa con certezza se la nostra coscienza di essere liberi sia una realtà o un'illusione, diversi autori hanno cercato di fondare l'imputabilità su altre basi. Tra le teorie più rilevanti, ci sono quella della normalità, dell'identità personale, dell'intimidabilità, la concezione della Scuola Positiva e la nuova difesa sociale, ma attualmente, si ritiene che un individuo può rispondere dei propri atti se è in grado di rendersi conto del loro valore sociale e non sia affetto da alcune anomalie psichiche che gli impediscono di agire come invece dovrebbe. Quindi, il fondamento dell'imputabilità si coglie, *in primis*, nel suo presupposto necessario: la colpevolezza. Quest'ultima presuppone una consapevole capacità di scelta tra diverse alternative di azione, ed è per questo che l'imputabilità, intesa come la capacità di intendere e di volere (art. 85 c.p.), costituisce la prima condizione per esprimere la disapprovazione soggettiva del fatto tipico e antiggiuridico commesso dal soggetto. In secondo luogo, il fondamento dell'imputabilità si coglie anche nelle funzioni della pena, infatti, se la minaccia della sanzione punitiva deve distogliere i potenziali rei nel

commettere reati, il presupposto necessario è che questi siano psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla minaccia, e dal momento in cui la pena ha anche una finalità rieducativa, il reo deve essere psicologicamente capace di cogliere il significato del trattamento punitivo.

Abbiamo visto che l'imputabilità presuppone due esigenze opposte: la prevenzione e il garantismo. Con riferimento alla prima, lo Stato deve disporre dei mezzi a difesa della società, dal momento che il soggetto che ha commesso il reato, a prescindere che sia imputabile o meno, può essere pericoloso. Invece, la dimensione garantista presuppone che il giudizio di rimproverabilità o di colpevolezza è legittimo solo a condizione che si accerti che il soggetto da rimproverare abbia la capacità di comprendere il disvalore della sua condotta e di autodeterminare la sua azione.

Inoltre, da come è emerso, definire cosa s'intenda per imputabilità e comprenderne a fondo le sue implicazioni derivanti dalla sua qualificazione, ha interessato da sempre la dottrina sin dal passato e, ancora oggi, la discussione in merito non ha trovato soluzione.

Infatti, è stato evidenziato come la collocazione sistematica dell'istituto dell'imputabilità ha determinato delle controversie circa la sua natura. In base ad un primo orientamento, l'imputabilità sarebbe una condizione personale per l'applicazione della pena. Le ragioni di questa tesi, come si è visto, sono di carattere testuale. In questa prospettiva, gli interpreti qualificano come reato anche il fatto del non imputabile, poiché la dinamica psichica dell'incapace risulterebbe perfettamente assimilabile a quella del soggetto capace. Quindi, l'imputabilità in quanto modo di essere dell'individuo, condizione o *status* personale, costituirebbe un requisito della capacità giuridica penale, intesa come

capacità di essere sottoposto a pena (dal momento che il non imputabile è penalmente capace, poiché può essere destinatario di misure di sicurezza, cioè strumenti che rientrano nell'ambito delle sanzioni penali).

Invece, in base ad un secondo orientamento, l'imputabilità è un presupposto della colpevolezza, quindi la prima costituirebbe il primo momento del giudizio di rimproverabilità, che il giudice deve compiere dopo aver accertato l'esistenza di un fatto tipico ed antiggiuridico. In altre parole, un fatto può essere oggetto di un rimprovero personale soltanto a condizione che il suo autore sia imputabile. Quest'ultima impostazione è stata condivisa anche dalla Suprema Corte.

È giusto ritenere infatti, che anche un soggetto non imputabile può agire con dolo o colpa, tuttavia la situazione è diversa: il dolo dell'incapace di intendere e di volere non può essere equiparato al dolo del soggetto imputabile, inteso come elemento del giudizio di rimproverabilità. Nel primo caso, il dolo non è altro che un indice di un grave stato patologico da cui potrebbe derivare pericolosità sociale, mentre nel secondo caso, il giudizio di colpevolezza sul soggetto che ha agito con dolo, ha come presupposto una valutazione sull'idoneità di chi ha commesso il reato ad autodeterminarsi rispetto al suo comportamento. In altre parole, quando si parla di reato del soggetto non imputabile, ci si riferisce soltanto al fatto storico, tipico ed antiggiuridico, ma che non può condurre ad un giudizio di colpevolezza, perché non imputabile.

Il tema centrale riguarda una delle principali cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità: il vizio di mente. Il giudice dovrà ricorrere al sapere degli esperti per capire se il soggetto che ha agito, nel momento della commissione del reato, era affetto da un'infermità

di mente, e poi sarà lui a verificare se questa ha inciso sulla capacità di intendere e di volere del reo, al fine di diminuire o addirittura escludere l'imputabilità, e quindi la sottoposizione a pena.

Quindi, siccome l'imputabilità rappresenta un concetto allo stesso tempo empirico e normativo, si aggiunge anche il ruolo fondamentale esercitato dalla scienza, e nello specifico, dalla scienza psicologica.

Infatti, come si è visto, l'infermità che costituisce il nucleo centrale del vizio di mente, rinvia alla realtà valutativa di ambito psichiatrico e psicologico. Il vizio di mente si presenta, come è stato evidenziato, un istituto decisamente problematico, sia per quanto concerne l'individuazione di criteri generali realmente validi nel regolare la materia, sia per quanto riguarda la dimensione del suo concreto accertamento nella realtà fenomenica. Ciò è la conseguenza dell'intreccio che l'istituto dell'imputabilità determina tra il diritto e la psichiatria, mondi contrapposti che devono sforzarsi di raggiungere un punto di equilibrio.

Il punto centrale è che oggi, la scienza non appare più illimitata, completa ed infallibile, e questo ovviamente si riverbera sul concetto di imputabilità, determinando una crisi di questa categoria giuridica.

Difatti, al fine di spiegare che cosa s'intenda con il concetto di infermità, sono emersi affianco al paradigma organicistico, anche quello psicologico e quello sociologico. Il primo considera l'infermità come una malattia psichiatrica in senso stretto, determinata da un processo patologico organico; il secondo ritiene che l'infermità non trova più la sua causa prima in una malattia fisica del sistema nervoso, bensì diventa l'espressione dei conflitti che si determinano tra le cariche provenienti dalle componenti della struttura psichica dell'uomo (Es, Io, Super-Io); ed infine, quello sociologico che considera l'infermità come

un disturbo psicologico avente natura sociale da attribuire alle relazioni inadeguate che il soggetto vive. Si ritiene di non riconoscere quest'ultimo, poiché il timore è che si allarghi in modo smisurato l'ambito della non imputabilità, perché si dovrebbe riconoscere come infermità mentale anche un generico disturbo psichico che ha origine sociale. Invece, ad appoggiare il secondo paradigma è intervenuta la sentenza n. 9163/2005 della Suprema Corte, che ha dato rilevanza ai disturbi della personalità nell'ambito del riconoscimento del vizio di mente.

In base a questo susseguirsi di paradigmi, oggi è giusto affermare una visione integrata del concetto di infermità mentale, sulla base di un modello bio-psico-sociale che coglie, di ogni paradigma, gli aspetti più convincenti.

Si è poi spiegato, come tali paradigmi siano privi di scientificità, poiché non falsificabili, e quindi, questo costituisce un problema per il giudice, il quale ha la necessità di fruire del sapere scientifico, dato che non ne ha diretta competenza. È ovvio che, se c'è confusione nell'intendere il concetto di infermità e non c'è scientificità dei paradigmi esistenti, il giudice sarà orientato a scegliere la soluzione del perito che, secondo lui, appare più convincente. Di conseguenza, l'imputabilità finisce per diventare un istituto del tutto discrezionale, fino ad entrare in crisi.

Chiaramente, il giudice non potrà fidarsi ciecamente delle risultanze scientifiche per capire se sussiste o meno l'infermità del soggetto che ha agito, anche perché la perizia è un parere meramente tecnico, e non può nemmeno fare riferimento esclusivamente ai manuali diagnostici, come il DSM o il SWAP-200, poiché sebbene questi abbiano una base scientifica e l'identificazione della patologia rimane il passaggio primo nel giudizio di imputabilità, è necessario considerare anche se il

ragionamento a cui è giunto il perito e le tecniche utilizzate da questo, raggiungono il grado di scientificità richiesto, per un accertamento dell'infermità, se non certo, almeno altamente probabile. Il perito viene chiamato dal giudice per dare un parere tecnico, ma ovvio che questo sarà formulato in base al *modus operandi* utilizzato dal perito stesso, e di conseguenza potrà essere diverso da quello di altri periti, che potranno essere chiamati dal giudice qualora questo non sia soddisfatto dei risultati apportati dal perito chiamato precedentemente. Ecco che il giudice per verificare se nel caso concreto sussiste la capacità di intendere e di volere ed appurare se dal dibattimento residua almeno un dubbio ragionevole sull'imputabilità del soggetto agente, dovrà sottoporre i contributi degli esperti ai criteri di *Daubert*, in modo da vagliare attentamente i risultati a cui questi sono giunti, assumendo il ruolo di *gatekeeper*.

In particolare, il suo ruolo appare ancora più complesso nel momento in cui nel processo penale entrano nuovi strumenti, come le neuroscienze, in specie con l'applicazione delle tecniche di *neuroimaging* al giudizio di imputabilità.

Gli sviluppi neuroscientifici considerano il reato come il risultato di condizioni neurobiologiche, o meglio anomalie cerebrali, in grado di inibire al reo la possibilità di agire in modo diverso da come ha agito. In altre parole, queste condizioni giustificherebbero l'azione del reo, tanto che ci si è pure posto il problema se i risultati a cui sono giunte le neuroscienze abbiano messo in crisi il concetto di libertà che è il fondamento della responsabilità penale e dell'imputabilità. Di fatto, si ritiene che l'ingresso delle neuroscienze nel processo penale non abbia determinato una rifondazione del diritto penale, poiché non sono in grado di fornire una prova inconfutabile sull'origine deterministica

delle azioni umane, ma potrebbero fungere sicuramente da ausilio per il giudice.

Infatti, anche se le neuroscienze, a causa delle implicazioni di natura pratica, tra cui i costi elevati legati all'uso delle tecniche di indagine, la scarsa familiarità dei protagonisti del processo penale con prove empiriche, e delle perplessità di natura eterogenea, come la loro inattendibilità, il pericolo che il loro ingresso nel dibattimento espanda indebitamente il ruolo dell'esperto a scapito di quello del giudice nella valutazione della prova, ed il rischio di un uso in *malam partem* delle medesime, faticano ad entrare nelle aule di giustizia, si ritiene, in base a quanto emerso da alcuni casi giudiziari, per esempio il caso di Como, che esse costituiscono un utile strumento da affiancare a quelli tradizionali per rendere più completa la perizia, con il fine di giungere ad un accertamento più certo, o almeno, altamente probabile.

Sempre nel secondo capitolo, è stato evidenziato che il vizio di mente può essere non soltanto totale, ma anche parziale. Quest'ultimo rappresenta quell'anomalia che investe tutta la mente, sebbene in misura meno grave.

Dato che il vizio di mente parziale comporta una diminuzione di pena, deve essere considerato una circostanza attenuante del reato, inerente la persona del colpevole, e perciò assoggettata al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. Il vizio di mente parziale, come si ha avuto modo di analizzare, è compatibile con altre circostanze attenuanti o aggravanti del reato, tra queste: il dolo, la premeditazione, la provocazione, i motivi abietti e futili.

Infine, uno sguardo è stato dedicato agli stati emotivi e passionali che si distinguono in due categorie: nella prima, rientrano quelli da intendersi come tali, che non sono riconducibili all'infermità e quindi

non incidono *ex. art. 90 c.p.* sull'imputabilità, ma possono comunque essere considerati dal giudice come una circostanza attenuante, mentre alla seconda categoria, appartengono quelli che sono la manifestazione di uno stato patologico, riconducibili all'infermità, tali da escludere o diminuire l'imputabilità ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. Nonostante l'efficacia preclusiva di cui all'art. 90 c.p., è giusto valorizzare le componenti emotive che incidono sulla condotta e sulla sfera emozionale-affettiva dell'agente, poiché in determinate circostanze, il sistema nervoso ha un'importanza determinante nel plasmare le emozioni. Il legislatore infatti, ha iniziato un percorso in questo senso, introducendo con la legge n. 36/2019 al comma secondo dell'art. 55 c.p., l'elemento di non punibilità a favore del soggetto aggredito che si trovi in uno stato di grave turbamento, nel caso di eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare. Ovviamente, il grave turbamento deve essere la conseguenza della situazione di pericolo per la propria o altrui incolumità ed il fattore causale che ha determinato l'eccesso di difesa. La scelta del legislatore è da condividere perché in questo modo non si nega la peculiarità della situazione, caratterizzata dai presupposti congiunti della violazione del domicilio e della necessità di salvaguardare la propria o l'altrui incolumità, da cui ovviamente può derivare una condizione di minorata difesa o appunto, di grave turbamento emotivo.

Poi, è stato esaminato il trattamento del reo infermo di mente, diviso tra esigenze di custodia e di cura.

È stato chiarito che l'infermo di mente non può essere punito, e quindi sottoposto a pena, poiché questa può essere applicata soltanto nei confronti del soggetto capace di intendere e di volere, in quanto egli è

in grado di comprendere le funzioni preventiva e rieducativa della stessa, invece per il soggetto incapace diverrebbe uno strumento inutile, se non addirittura controproducente. Perciò, quale tutela è prevista per la società, dal momento che il reo non imputabile non può essere sottoposto a pena, ma si è accertato che egli è socialmente pericoloso per la stessa?

Il nostro sistema penale risponde a questa esigenza di prevenzione generale, con il sistema del doppio binario, in cui la pena cede il passo alla misura di sicurezza nei confronti dei soggetti inimputabili, quest'ultima concepita non come sanzione giuridica, ma come mezzo di difesa sociale e di prevenzione speciale.

Quindi, se il soggetto che ha compiuto il reato era affetto da un'infermità di mente nel momento in cui lo ha commesso, di conseguenza, era non imputabile o semimputabile, ed il giudice accerta la sua pericolosità sociale, nel caso di infermità totale, verrà prosciolto per infermità di mente e gli verrà applicata la misura di sicurezza, mentre nel caso di infermità parziale, la pena sarà diminuita e accompagnata dalla misura di sicurezza.

Altro aspetto che si è analizzato è la pericolosità sociale, che costituisce un presupposto, assieme alla commissione di un fatto previsto dalla legge come reato, necessario per l'applicazione delle misure di sicurezza.

La pericolosità sociale è stata definita come la probabilità che un individuo, per le sue particolarità psichiche o per i suoi condizionamenti prodotti dall'esterno, compia in futuro degli illeciti penali.

Il problema di tale presupposto riguarda il suo accertamento, poiché, giustamente, gli psichiatri di fronte alla richiesta di accertamento della pericolosità sociale da parte del giudice, si trovano in seria difficoltà,

essendo che il termine “pericolosità” non ha un’accezione criminologica o psichiatrica, bensì giuridica. Ed è proprio per questo che si dovrebbe cambiare direzione, abbandonando la locuzione di “socialmente pericoloso” con quella più adeguata di “bisogno di trattamento”, di conseguenza, anche l’accertamento dovrà cambiare. Quindi, gli elementi da cui desumere la pericolosità sociale non saranno più quelli di cui all’art. 133 c.p., ma altri, che si distinguono in fattori esterni ed interni, che derivano da una proposta di Fornari e di Manacorda.

In altre parole, è giusto che il perito si limiti a fornire dati tecnici di sua competenza, poi sarà responsabilità del giudice formulare il giudizio di pericolosità, che è un giudizio giuridico e non clinico, tenendo in considerazione, oltre gli elementi di sua competenza di cui all’art. 133 c.p., anche i dati psichiatrici.

Inoltre, sono state descritte la natura e le implicazioni delle misure di sicurezza personali detentive: per l’infermo totale di mente, l’ospedale psichiatrico giudiziario, mentre per il seminfermo, l’assegnazione a una casa di cura e di custodia.

Le condizioni degradanti degli o.p.g. e la loro finalità esclusiva di custodia, anziché di trattamento, annientava la persona, tanto che nel tempo si è giunti al loro superamento, così come per il ricovero in una casa di cura e di custodia, perché questo veniva svolto nei reparti degli o.p.g., per cui condivideva le stesse funzioni di neutralizzazione e di difesa sociale, anziché di cura e di trattamento.

Perciò, la l. n. 9/2012 ha disposto il definitivo superamento di questi istituti mediante la costituzione di strutture regionali affidate alla gestione del sistema sanitario nazionale, denominate r.e.m.s.

Attualmente, queste ultime sembrano soddisfare la loro funzione di cura e di trattamento, tuttavia le criticità non mancano. Infatti, sono stati evidenziati alcuni aspetti critici come: la scarsità di posti disponibili e quindi, le lunghe liste d'attesa; l'elevato ricovero provvisorio piuttosto che definitivo, che chiaramente determina la scarsità di posti; la crescente presenza di soggetti c.d. cripto-imputabili. Una possibile soluzione per rimediare queste criticità applicative potrebbe essere quella di analizzare il caso concreto, instaurando un dialogo tra la magistratura e i servizi sanitari sin dall'inizio del processo, al fine di trovare da subito la collocazione più opportuna del reo, in modo che le r.e.m.s. vengano utilizzate in base al principio di *extrema ratio*.

Peraltro, una recentissima sentenza della Corte costituzionale, la n. 22/2022 ha evidenziato la necessità di una complessiva riforma di sistema delle r.e.m.s., mediante un monito al legislatore, affinché questo proceda, assicurando: un'adeguata base legislativa; la realizzazione e il buon funzionamento di un numero di r.e.m.s. sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni; un idoneo coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e di monitoraggio del funzionamento delle r.e.m.s., nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario.

Infine, un ultimo aspetto, ma non meno interessante, che è stato considerato, è la tutela della vittima del reato, dal momento che l'ordinamento prevede l'inimputabilità o la semimputabilità del soggetto che l'ha commesso, qualora questo sia infermo di mente.

Purtroppo, soltanto a partire dagli anni quaranta si è prestata attenzione alla vittima, la quale subisce non solo le conseguenze direttamente connesse al reato stesso (c.d. vittimizzazione primaria), ma anche quelle

indirettamente connesse al reato e derivanti dal suo impatto con l'apparato giudiziario (c.d. vittimizzazione secondaria).

Con riferimento a quest'ultimo tipo di vittimizzazione, è stata analizzata la sentenza n. 12/2016 della Corte costituzionale che riguarda il proscioglimento per infermità di mente dell'imputato e la soddisfazione della pretesa civilistica.

Come è emerso, si ritiene che questa sentenza rappresenta per il ricorrente un caso di "vittimizzazione secondaria", anche alla luce dell'art. 16 della direttiva 2012/29/UE, poiché a fronte dell'assoluzione dell'imputato per vizio di mente, la vittima non ha potuto godere del risarcimento del danno, e della sua tutela, nell'ambito del processo penale.

In breve, nonostante il ricorrente abbia sollevato in riferimento agli artt. 3, 24 e 111.2 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p., nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta ai sensi degli artt. 74 ss. del c.p.p., quando pronuncia sentenza di proscioglimento dell'imputato, in quanto non imputabile per vizio totale di mente, la Suprema Corte ha ritenuto che non c'è alcun tipo di violazione di quanto sollevato.

Infatti, ritiene che la violazione di cui all'art. 3 Cost. (disparità di trattamento) non sussiste, in quanto la sentenza di assoluzione dell'imputato per vizio totale di mente e la sentenza di condanna, non sono omogenee per quanto riguarda il trattamento della domanda civile del danneggiato, per la presenza in entrambe di un accertamento, bensì eterogenee.

In secondo luogo, la Corte sostiene che non vi sarebbe una lesione neanche dell'art. 24 Cost., quindi del diritto di difesa del danneggiato,

poiché rimane sempre aperta la possibilità di far valere la pretesa in sede civile.

Ed infine, in terzo luogo, la Corte ritiene che non vi è alcuna violazione del principio della ragionevole durata del processo (art. 111.2 Cost.), poiché la dilatazione dei tempi trova giustificazione nel carattere accessorio e subordinato dell'azione civile inserita nel processo penale. In base a queste considerazioni, è giusto ritenere che il ricorrente abbia ravvisato un caso di vittimizzazione secondaria, sia per il fatto che la moltiplicazione dei giudizi *de damno* ha determinato un'irragionevole dilatazione dei tempi necessaria alla decisione del risarcimento, sia per il pregiudizio morale in cui sarebbe potuto incorrere nel dover rievocare a distanza di tempo, davanti al giudice civile, gli stessi fatti dolorosi già posti a base dell'azione penale.

Alla luce di quanto detto sino ad ora, si può notare come il tema dell'imputabilità e del vizio di mente, sia ricco di implicazioni, soprattutto nel rapporto che intercorre tra il diritto e la scienza.

Infatti, come è stato evidenziato, si ritiene giusto che tra gli intenti del legislatore degli ultimi quarant'anni vi sia quello di riformare il modello definitorio di cui agli artt. 88 e 89 c.p., allo stato ritenuto insufficiente a recepire il progresso scientifico in tema di disturbi aventi valore di infermità<sup>322</sup>. Tra le proposte di riforma, si considera che quella più

---

<sup>322</sup> PALUMBO A., *Il "vizio di mente" all'origine della non imputabilità secondo l'aspirante legislatore riformista*, in *DPU*, 2020, 13, 18, 19, 25, 26. Come già esaminato nel secondo capitolo, tra le proposte più rilevanti ed interessanti, oltre a quella della Commissione Pelissero, vi erano: il progetto Pagliaro del 1992 che menzionava accanto all'infermità mentale, "*altre anomalie*", e considerava idonea ad escludere l'imputabilità "*ogni altra causa*" incidente sullo stato mentale del soggetto; il progetto Grosso che nella stesura originaria del 2000 faceva riferimento a "*un'altra grave anomalia*" e nel testo modificato del 2001 utilizzava la locuzione "*altro grave disturbo della personalità*". Tuttavia, queste clausole aperte erano state criticate perché l'introduzione del concetto di "anomalia" avrebbe rappresentato un'inutile duplicazione del concetto di "infermità",

opportuna sia quella della Commissione Pelissero, incaricata dalla legge delega c.d. Orlando, in cui l'infermità passa dall'essere il concetto chiave a clausola di chiusura, tanto che l'attenzione del legislatore si sposta sui gravi disturbi psichici e della personalità<sup>323</sup>. Si ritiene che questa proposta già colta dal progetto Grosso ed implicitamente elevata a principio di diritto dalle Sezioni Unite con la sentenza Raso, fa in modo che le norme relative all'imputabilità presentano un collegamento aperto con il sapere scientifico in costante evoluzione. Tuttavia, il rischio in cui si potrebbe incorrere con questa apertura è quello di consentire la criticata rilevanza di qualsiasi disturbo che abbia un riconoscimento diagnostico<sup>324</sup>. Quindi, la giusta soluzione è quella di individuare dei criteri mediante i quali questo collegamento aperto con il sapere scientifico non sconfini nella massima discrezionalità, in cui

---

poiché entrambi troppo generici. Per questo, la Commissione Pelissero è l'unica che può trovare soluzione al problema, poiché prevede oltre al concetto di "infermità" (con cui si intende preservare l'esigenza di poter contare su un ulteriore fattore di elasticità ed inclusività per casi rari o sfuggenti, sia per ammettere disturbi fisici o di natura organica che possono incidere sulle condizioni psichiche presenti al momento della consumazione del reato), i "gravi disturbi psichici" con cui s'intende far riferimento allo spettro psicotico, ed i "disturbi della personalità", in cui si includono anche le nevrosi e le psicopatie.

<sup>323</sup> PALUMBO A., *Il "vizio di mente" all'origine della non imputabilità*, cit., 25. La Commissione ha proposto di riscrivere l'art. 88 c.p., prevedendo che "non è imputabile chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da escludere, al momento del fatto, la capacità di intendere o di volere". Allo stesso modo propone di riscrivere l'art. 89 c.p. con una formula speculare che prevede che "chi ha commesso il fatto in ragione di un grave disturbo psichico o della personalità ovvero di un'altra infermità, quando è di intensità tale da ridurre grandemente la capacità di intendere o di volere al momento del fatto, senza escluderla, risponde del reato commesso, ma la pena è diminuita". Si può notare che l'articolato proposto racchiude in sé i principali approdi a cui è giunto il dialogo tra il diritto e le scienze psichiatriche.

<sup>324</sup> FIANDACA G., *Osservazioni*, cit., 872-873. La preoccupazione, peraltro condivisa da chi scrive, come osserva l'autore, è il possibile impatto giurisprudenziale di una disciplina codicistica a maglie larghe: l'autore pensa alla possibile rilevanza ai fini dell'incapacità di fenomeni come la pedofilia o "il c.d. psichismo mafioso negli associati di mafia: i quali avrebbero una personalità psicopatologica in quanto aderenti ad un universo totalizzante che abolisce ogni autonomia di pensiero individuale, vieta qualsiasi forma di comunicazione interpersonale autentica, accentua la logica della contrapposizione amico-nemico, impone una ideologia fondamentalista che induce a considerare come meritevoli di rispetto i soli valori mafiosi e di conseguenza, neutralizza o comunque attutisce fortemente la consapevolezza dell'"illecito" tutte le volte in cui la vittima di reato è soggetto estraneo alla comunità mafiosa".

qualsiasi disturbo trovi ingresso nel processo come vizio di mente penalmente rilevante. Tra questi criteri, senza dubbio, si può fare riferimento a quelli individuati dalle Sezioni Unite con la sentenza Raso: il nesso cronologico e causale tra il disturbo e il fatto di reato; la concreta incidenza del disturbo sulla libera autodeterminazione dell'individuo nella scelta della condotta penalmente rilevante. Inoltre, si ritiene che nel momento dell'accertamento probatorio, sicuramente l'impiego dei mezzi messi in campo dalle neuroscienze può assumere un ruolo decisamente importante.

Infine, si può concludere con la questione che l'imputabilità, che oggi continua a stimolare il legislatore, trova risposta nell'intramontabile sentenza Raso delle Sezioni Unite, che ha chiarito come il termine infermità ricomprenda già tutti quei disturbi di cui si discute, la cui rilevanza deve però essere colta in concreto. Ma, non solo. Ciò che si deve considerare nella disciplina in esame, non è tanto la causa dell'incapacità, bensì il suo effetto. In altre parole, rilevante non è tanto il carattere astrattamente patologico del disturbo, ma il risultato che questo determina.

Infatti, può essere, secondo l'opinione di chi scrive, che il termine infermità non sia stato utilizzato dal legislatore così a caso, ma sia stato scelto proprio perché al giudice non può interessare una eventuale diatriba nosografica tra esperti circa il nome da attribuire a questa o a quella malattia, bensì interessa solo sapere se e quali conseguenze ne siano derivate a carico della capacità di intendere e di volere al momento del fatto.



## Bibliografia

- AGAZZI E., *Criteri epistemologici delle discipline psicologiche*, in SIRI A., *Problemi epistemologici della psicologia*, Milano, 1976.
- ALIMENA B., *Principi di diritto penale*, Napoli, 1912.
- AMATO G., *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- AMBROSETTI E.M., *Premessa all'imputabilità*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale. Parte generale -I, 2- Il reato*, 2021.
- AMISANO M., *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Torino, 2005.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2003.
- BALBI G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in *dir. pen. cont.*, 2015.
- BANDINI T. e GUALCO B., *Imputabilità e misure di sicurezza. Riflessioni clinico-criminologiche*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.
- BANDINI T., *Vittimologia*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.
- BASAGLIA F., *L'istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Milano, 1998.
- BASILE F. e VALLAR G., *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- BERTOLINO M., *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite n. 9163, Raso*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7, 2005.
- BERTOLINO M., *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *disCrimine*, 2018.
- BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in MANNA, *Verso un codice penale modello per l'Europa. Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.
- BERTOLINO M., *Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001.
- BERTOLINO M., *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990.
- BERTOLINO M., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987.
- BERTOLINO M., *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006.
- BERTOLINO M., *Normalità del male e patologia mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007.
- BRUSEGAN C., *Le misure di sicurezza: misure di sicurezza personali*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale - Parte generale - II – Punibilità e pene. II ed.*, Padova, 2018.

- CALCATERRA A., *Misura di sicurezza con ricovero in R.E.M.S.: il ritorno al passato no!*, in *DPU*, 2020.
- CANEPA G., *Nuovi orizzonti della ricerca in medicina legale*, Milano, 1995.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Padova, 1998.
- CASELLA A., *L'imputabilità*, in [www.antonioacasella.eu](http://www.antonioacasella.eu).
- CENTONZE F., *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005.
- CIRILLO P., *REMS: urge una complessiva riforma di sistema*, in *Ilpenalista.it*, 2022.
- COLLICA M.T., *Anche i "disturbi della personalità" sono infermità mentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.
- COLLICA M.T., *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- COLLICA M.T., *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008.
- COLLICA M.T., *Prospettive di riforma dell'imputabilità nel "progetto Grosso"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- COLOMBO C., *Infermità estesa ai gravi disturbi. Uno stretto legame tra problematiche mediche, criminologiche e tutela dell'individuo*, in *Riv. pen.*, 2005.
- Corte cost., 18 Luglio 2003, n. 253, in *Giur. Cost.*, 2003; con nota di FAMIGLIETTI A., *Verso il superamento della "pena manicomiale"*.
- Corte cost., 23 Luglio 2015, n. 186, in *Cass. pen.*, 2015; con nota di APRILE E., *Osservazioni*.
- Corte cost., 27 Gennaio 2022, n. 22, in [www.regioni.it](http://www.regioni.it).
- Corte Cost., 27 Luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982; con nota di MUSCO E., *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*.
- Corte Cost., 28 Luglio 1983, n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983; con nota di GIURI D., *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte Costituzionale (a proposito della sentenza n. 249 del 1983)*.
- Corte Cost., 29 Gennaio 2016, n. 12, in *Giur. Cost.*, 2016; con nota di DANIELE M., *Proscioglimento per infermità di mente dell'imputato e soddisfazione della pretesa civilistica*, 2016.
- CRESPI A., *L'imputabilità*, in *Enc. dir. Giuffrè*, XX, Milano, 1970.
- DI NICOLA P., *Vademecum per tentare di affrontare (e risolvere) il problema dell'assenza di posti nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- ESPOSITO G., *La "tempesta emotiva" e la sua rilevanza giudiziaria. Riflessioni a margine di una sentenza.*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 2019.

- EYSENCK H., *Usi ed abusi della psicologia*, Firenze, 1980.
- FANCI G., *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2011.
- FERRATO A., *Disciplina della imputabilità*, in AMBROSETTI E.M. e COCCO G., *Trattato breve di diritto penale. Parte generale -I, 2- Il reato*, 2021.
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale.*, Bologna, 2019.
- FIANDACA G., *Osservazioni sulla disciplina dell'imputabilità nel progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- FIDELBO G., *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass pen.*, 2005.
- IORE C. e IORE S., *Diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020.
- FORNARI L., SABATINI U., CORPOSANTO C., CERASA A., *Neuroscienze e diritto: un approccio multidisciplinare*, in *DPU*, 2020.
- FORNARI U. e CODA S., *Imputabilità e pericolosità sociale: nuove prospettive nella valutazione forense*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.
- FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2004.
- FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Torino, 2005.
- GALLO M., *Appunti di Diritto Penale. Volume V L'imputabilità*, Torino, 2013.
- GAROFOLI R., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale.*, Milano, 2003.
- GATTA G.L., *Chiusura completa degli O.P.G.: finalmente a un passo dalla meta*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- GATTA G.L., *O.P.G. e R.E.M.S.: a che punto siamo? Le relazioni del commissario unico per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, Franco Corleone*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.
- GIANELLI A., *Disturbi di personalità ed imputabilità: da "vittima" ad autore di reato. Corso di Formazione in Psicologia Giuridica e Psicopatologia Forense.*, Roma, 2016.
- GRANDI C., *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*, in *Giur. it.*, 2019.
- GRANDI C., *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016.
- GRECO O. e CATANESI R., *La malattia mentale e la giustizia penale*, Milano, 1988.
- GULOTTA G., *La vittima*, Milano, 1976.
- INTRONA F., *Se e come siano da modificare le vigenti norme sull'imputabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999.
- LA BARBIERA G., *Imputato assolto per vizio di mente: legittima la norma che esclude il risarcimento*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2016.

- LAVARINI B., *Assoluzione per difetto di imputabilità e decisione del danno: un'occasione perduta?*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 2016.
- LAZZERI F., *R.E.M.S.: rilevata l'inadeguatezza della disciplina vigente, dalla Corte costituzionale un monito al legislatore perché provveda a una riforma di sistema*, in *Sist. pen.*, 2022.
- LECCESE M., *Il problema dell'imputabilità penale*, in RONCO M., *Commentario al Codice penale. Persone e sanzioni. Presupposti soggettivi, previsione, comminazione ed esecuzione delle sanzioni penali.*, Torino, 2006, sub art.85.
- MAGRO M.B., *La mente sana e la mente alterata. Uno studio neuroscientifico sulla capacità di intendere e di volere e sul vizio di mente.*, in *Arch. pen.*, 2019.
- MANNA A., *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005.
- MANNA A., *L'imputabilità fra diritto penale e psichiatria*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.
- MANZINI V., *Codice penale*, in *Dig. it.*, vol. VII, parte II, Torino 1929.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1961.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale*, Torino, vol. II.
- MARINI G., *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI vol., Torino, 1992.
- MARINI G., *Imputabilità*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990.
- MARINUCCI G., DOLCINI E. e GATTA G., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale.*, Milano, 2020.
- MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.
- MASSARO A., *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015.
- MATARRESE L., *La Corte costituzionale sul divieto di decidere sulla responsabilità civile in caso di assoluzione per vizio di mente*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.
- MENDICINO R., *La vittimizzazione secondaria*, in *I profili dell'abuso Profiling. Giornale scientifico a cura dell'O.N.A.P. (Osservatorio Nazionale Abusi Psicologici)*, 2015.
- MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità e pericolosità sociale: un punto di vista criminologico e psicopatologico forense*, in MANNA A., *Imputabilità e misure di sicurezza*, Padova, 2002.
- MERZAGORA BETSOS I., *Imputabilità, pericolosità sociale, capacità di partecipare coscientemente al procedimento*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini II*, Milano, 2009.
- MERZAGORA BETSOS I., *La pericolosità sociale*, in GIUSTI G., *Trattato di medicina legale e scienze affini II*, Padova, 2009.

- MIRAVALLE M., *Salute mentale e Rems/I: a che punto siamo?*, in *Antigone*, 2021.
- MUSCO E., *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997.
- NAGEL T., *Problemi metodologici della teoria psicoanalitica*, in HOOK S., *Psicoanalisi e metodo scientifico*, Torino, 1959.
- NUVOLONE P., *Corso di diritto penale, parte generale*, Milano, 1969.
- NUVOLONE P., *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, ed. 2004 e 2017.
- PAGLIARO A., *Principi di Diritto Penale. Parte generale.*, Milano, 2003.
- PALUMBO A., *Il “vizio di mente” all’origine della non imputabilità secondo l’aspirante legislatore riformista*”, in *DPU*, 2020.
- PANUCCI G., *Compatibilità tra seminfermità e peculiare intensità del dolo*, in *Cass. pen.*, 2012.
- PAVAN G., *L’imputabilità è presupposto della colpevolezza: considerazioni in ordine al rapporto tra la scelta dogmatica operata da SS.UU. 25.1.2005 n.9163 e l’estensione dell’infermità ai gravi disturbi della personalità.*, in *Ind. pen.*, 2008.
- PAVAN G., *La persona offesa nel diritto penale e nella criminologia*, in RONCO M., *Commentario al Codice Penale*, Torino, 2006.
- PELISSERO M., *Condotta ed evento*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA PAOLO., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020.
- PELISSERO M., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020.
- PETRINI D., *Imputabilità*, in GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA PAOLO., *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020.
- PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.
- PONTI G., *La perizia sull’imputabilità*, in GULLOTTA G., *Trattato di psicologia giudiziaria*, Milano, 1987.
- PONTI G.L., *Compendio di criminologia*, Milano, 1980.
- POPPER K., *La psicoanalisi tra mito e scienza*, in ANTISERI D., *Analisi epistemologica del marxismo e della psicoanalisi*, Roma, 1974.
- POPPER K., *Logica della scoperta scientifica*, Milano, 1970.
- PULITANO’ D., *Diritto penale.*, Torino, 2015.
- Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale*, Settembre 2000.
- RIVELLO P., *L’imputabilità e l’infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2018.
- RIVELLO P., *La revisione del modello definitivo dell’infermità mentale prevista dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

- RIZZO L., *Gli stati emotivi o passionali e i disturbi della personalità come cause di esclusione della capacità di intendere e di volere*, in *Riv. pen.*, 2014.
- ROIATI A., *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 2020.
- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale.*, Milano, 2020.
- SABATINI G., *Biologia e diritto nel concetto di imputabilità*, in *Giust. pen.*, 1965, I, c. 1.
- SAMMICHELI L. e SARTORI G., *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.
- SARTORI G. e ZANGROSSI A., *Neuroscienze forensi*, in *Giornale Italiano di Psicologia*, 2016.
- SEMERARO P., *I rapporti tra imputabilità, pericolosità sociale e misure di sicurezza*, in *Riv. Pen.*, 2011.
- SICURELLA S., *Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima*, in *Riv. crim. vitt. sic.*, 2012.
- SILVA C., *Le misure di sicurezza: disposizioni generali*, in COCCO G. e AMBROSETTI E.M., *Trattato breve di diritto penale – Parte generale – II – Punibilità e pene. II ed.*, 2018.
- STELLA F., *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001.
- Tribunale di Como, 20 Maggio 2011, in *Riv. it. med. leg.*, 2012; con nota di MESSINA G., *I nuovi orizzonti della prova neuro(scientifica) nel giudizio sull'imputabilità*.
- VANNINI O., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Firenze, 1954.
- VILLA T., *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del Codice penale*, Torino, 1888.
- VINCIGUERRA S., *Principi di Criminologia*, Padova, 2013.
- VITELLI S., *Sui complessi rapporti tra motivi abietti o futili e vizio parziale di mente*, in *Sist. pen.*, 2019.
- WITTGENSTEIN L., *Lezione e conversazioni sull'etica, sull'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, Milano, 1967.

## Giurisprudenza

Cass., sez. V, 9 Febbraio 2006, n. 8282.  
Corte cost., sent. n. 364 del 24 Marzo 1988.  
Cass. pen., Sez. Un., 25 Gennaio 2005, n. 9163.  
G.U.P. Trib. Milano, 24 Ottobre 2003.  
Cass., sez. I, 23 Ottobre 1978.  
Cass. pen., 10 Febbraio 1986.  
Cass., 25 Febbraio 1985.  
Cass. pen., sez. VI, 7 Aprile 2003.  
Cass. pen., 15 Settembre 2009, n. 46817.  
Cass., sez. I, 25 Gennaio 1994, n. 3240.  
Cass., sez. I, 13 Ottobre 1998, n. 1484.  
Cass. pen., sez. I, 10 Novembre 1984, Monti.  
Cass. pen., 10 Dicembre 1971.  
Cass., 15 Maggio 1967.  
Cass., 7 Marzo 1966.  
Cass., 22 Marzo 1967.  
Cass. Sez. Un., 18 Settembre 2014, n. 38343.  
Trib. di Como, 20 Maggio 2011.  
App. Trieste, 18 Settembre 2009, n. 5.  
Trib. Venezia, 24 Gennaio 2013, Mattiello.  
Cass., sez. I, 2 Ottobre 2012, n. 43021.  
Corte cost., sent. n. 157 del 1972.  
Corte cost., sent. n. 139 del 27 Luglio 1982.  
Corte cost., sent. n. 249 del 28 Luglio 1983.  
Corte cost., sent. n. 253 del 18 Luglio 2003.  
Corte cost., sent. n. 186 del 23 Luglio 2015.  
Corte cost., sent. n. 12 del 29 Gennaio 2016.  
Trib. Firenze, 15 Gennaio 2015.  
Corte cost., sent. n. 22 del 27 Gennaio 2022.

## Legislazione

Legge 22 Maggio 1975, n. 152.

Legge 26 Aprile 2019, n. 36.

Legge 13 Maggio 1978, n. 180.

Legge 10 Ottobre 1986, n. 663.

D.l. 22 Dicembre 2011, n. 211, convertito in L. 17 Febbraio 2012, n. 9.

Legge 26 Luglio 1975, n. 354.

D.l. 31 Marzo 2014, n. 52, convertito in L. 30 Maggio 2014, n. 81.

Decisione Quadro del Consiglio dell'Unione Europea, 15 Marzo 2001, Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, L. 82/2 del 22 Marzo 2001.

Consiglio dell'Unione Europea, Convenzione europea relativa al risarcimento delle vittime di reati violenti, Strasburgo, 1983.

Consiglio dell'Unione Europea, Raccomandazione n. 11 relativa alla posizione della vittima nell'ambito del diritto penale e della procedura penale, 1985.

ONU, Risoluzione n. 40/34 del 1985.

Consiglio europeo, Raccomandazione n. 21 relativa all'assistenza alle vittime e alla prevenzione della vittimizzazione, 1987.

Commissione delle Comunità Europee, Libro Verde relativo alle vittime in Europa, 2001.

Commissione delle Comunità Europee, Direttiva 2004/80/CE, 2004.

Parlamento e Consiglio Europeo, Direttiva 2012/29/UE, art. 16.1, 2012.

