

INTRODUZIONE

Questo mio lavoro è il risultato di uno studio appassionato di quello che ritengo essere il ramo più delicato di ogni ordinamento giuridico. Imbattersi nel mondo delle norme di natura penale non è mai cosa semplice, atteso che qui più che altrove qualcuno ha detto che occorrerebbe, per avvicinarsi al significato che di queste è proprio e correttamente applicarle, la precisione “del bilancino da gioielliere” e, aggiungerei io, di un buon gioielliere, perché una norma penale, nelle mani di un grossolano interprete, di un poco rispettoso dei principi garantistici avventore di turno, è in grado di provocare danni irreparabili.

Il caso ha voluto che mi avvicinassi a questa materia attraverso la guida di un grande Maestro, che per la passione con cui me l’ha insegnata, la pazienza con cui ha saputo rendere intelligibili anche gli istituti più complessi, mi ha dato la possibilità di completare il mio percorso di studi concentrandomi su un lavoro a cui mi sono dedicata con indefessa energia e, al contempo, con quella passione che non sarei capace di imprimere altrove. Il mio interesse si è rivolto al tema dell’imputabilità e della capacità di intendere e di volere, tema che ho scelto perché ho ritenuto, più di altri, di estremo interesse per i risvolti immediatamente pratici che presenta e di notevole implicazione rispetto anche a tutta una 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.

In questo mio lavoro ho inteso evidenziare, con l’ausilio della dottrina più accreditata e della giurisprudenza più sensibile ed attenta, cosa

s'intende quando si parla di imputabilità: la capacità d'intendere e di volere che cos'è, in realtà?

Capacità di diritto penale o dobbiamo spostarci su un piano d'indagine ulteriore?

Imputabilità e capacità d'intendere e volere sono due facce della stessa medaglia oppure no?

Chi è imputabile è capace d'intendere e di volere e chi è capace d'intendere e di volere è imputabile o dietro l'art. 85 c.p. si nasconde un'interpretazione più profonda?

E ancora: qual è la relazione tra l'art. 85 c.p. e artt. come l'art. 90 o l'art. 92 che, pur facendo riferimento a condizioni in cui chiunque negherebbe la presenza, in chi agisce sotto la spinta di stati emotivi e passionali o in stato di ubriachezza volontaria, colposa o preordinata, di facoltà che lo rendono capace di intendere e volere, propongono una soluzione che va in senso opposto?

Qual è la relazione che intercorre tra colpevolezza ed imputabilità? Cosa presuppone cosa?

Possono essere qualificati come colpevoli solo i soggetti imputabili o è del colpevole che si dovrà accertare, poi, l'imputabilità?

E *a latere* delle questioni preliminari summenzionate, appassionata è stata la mia indagine sul necessario rapporto tra il diritto penale e le scienze psichiatriche, la psicologia, la sociologia, la criminologia nel tentativo di comprendere che cosa l'ordinamento giuridico penale si aspetti da un soggetto capace d'intendere e di volere per poterlo qualificare imputabile o semi-imputabile.

Si può ben comprendere come, già solo sfiorando il tema, si schiuda ai nostri occhi ed alle nostre menti un mondo immenso, fatto di

labirintiche aggrovigliate implicazioni di non semplice risoluzione e che tanti interrogativi sono in grado di sollevare.

Mi auguro di cuore che questo mio modesto lavoro sia in grado di ricompensare anche solo in minima parte la fiducia del mio Maestro, la pazienza con cui mi ha guidata, la passione per lo studio di questa materia che ha saputo trasmettermi.

CAPITOLO I

L'IMPUTABILITÀ

1.1 La delicata configurazione dell'istituto dell'imputabilità

Il presente lavoro si propone di analizzare il percorso evolutivo (o, forse, da un altro angolo visuale, involutivo) dell'istituto dell'imputabilità così come accolto 86 anni fa dal nostro codice penale e al fine di offrire anzitempo la possibilità di inquadrare, giustificandoli e comprendendoli, determinati meccanismi che andranno ad interessare la storia di detto istituto, per cui si reputa doveroso un cenno introduttivo agli istituti del vizio totale e parziale di mente, di cui agli artt. 88 e 89 c.p., inscindibilmente connessi alla capacità d'intendere e di volere ed all'imputabilità, richiamate dall'art. 85 c.p., al fine di considerarlo un punto di raccordo col tema su cui ci si intenderà soffermare, vale a dire la crisi del concetto di imputabilità. Quando il legislatore del '30 costruisce un TITOLO IV "Del reo e della persona offesa dal reato" e vi inserisce un CAPO I "Della imputabilità", ha ben chiare le idee su quelli che devono essere i limiti ed i confini (e che per molti anni sono risultati rigidamente invalicabili e ciò perfettamente in linea con i *desiderata* del legislatore) della imputabilità così come agganciata ad un requisito naturalistico facente riferimento esclusivamente alla sola sfera dell'intelletto e della volontà¹.

¹ Pur essendo emerso, in sede di discussione del *Progetto Definitivo*, che l'Associazione Italiana di Medicina Legale aveva osservato come, dal punto di vista scientifico e psichiatrico, la forma dell'imputabilità, così come basata sulla capacità di intendere e di volere, risultasse poco adatta (così come pure la stessa aveva manifestato dubbi in ordine alla possibile rilevanza di un vizio

Non solo: il requisito naturalistico, così come rinvenibile nelle sole sfere dell'intelletto e della volontà prese a fondamento dal legislatore, non è un generico requisito volto ad ammettere o escludere puramente e semplicemente una condizione intellettiva e volitiva perfetta o parzialmente tale, ma ha e deve avere una specifica connotazione, l'unica o le uniche a dare ragione della scelta operata a monte ovvero di escludere dall'assoggettabilità a sanzione (perché è questo il fine che va attribuito allo sforzo di comprensione sulla esistenza della imputabilità, semi-imputabilità, inimputabilità di un soggetto)

parziale di mente e che, al più, nell'ipotesi in cui tale distinzione sul piano giuridico fosse mantenuta, per il vizio parziale non si dovesse ammettere una riduzione di pena quanto, più correttamente, la sola sottoposizione ad una misura di sicurezza idonea), ben potendo dar luogo ad equivoci ed abusi, potendosi riscontrare in molti casi d'infermità mentale facoltà psichiche, ivi compresa quella di intendere e di volere: ragion per cui sarebbe risultato preferibile il mantenimento della formula adottata dal codice Zanardelli, il cui riferimento alla coscienza o libertà dell'atto, al contrario, presterebbe il fianco a minori equivoci; posizione, questa, che, concretizzandosi, di fatto, nella proposta di coordinare e collocare la disciplina generale in tema di imputabilità in rapporto a quella in tema di coscienza e volontà dell'azione, aveva trovato concordi anche la S. C., alcune Corti d'Appello ed alcune Università, da cui la necessità di chiarimento che, implicito, si rinviene dalla Relazione al Progetto Definitivo ed in base al quale possa affermarsi che detto raccordo non sarebbe ipotizzabile, afferendo le norme sull'imputabilità la personalità del reo ed essendo, quindi, correttamente collocate all'interno del titolo ivi dedicato, a differenza del titolo in cui trovasi disciplinate le norme relative alla coscienza e volontà dell'azione, il quale afferisce, invece, al reato e, nello specifico, alla responsabilità (<<Come ampiamente è stato illustrato avanti la Commissione Ministeriale, l'articolo 88 non è un duplicato dell'articolo 46. L'articolo 88 regola la capacità dell'individuo a volere, a discernere e selezionare coscientemente i motivi, a inibirsi; rende, insomma, la nozione della persona normale, alla quale la legge penale può essere applicata. L'articolo 46, invece, regola la volontà effettiva, concreta nel fatto che è pur necessario perché l'individuo, genericamente capace, e quindi imputabile, possa essere chiamato a rispondere penalmente di un fatto determinato. Non vi è dunque identità di oggetto nelle due disposizioni, e non v'è neanche contraddizione, come da taluno si è preteso col mettere in rilievo che nell'articolo 46 si parla di coscienza e di volontà, mentre nell'articolo 88 si fa menzione di un altro elemento estraneo all'art. 46, cioè della capacità d'intendere<<.) Dibattito, questo sul rapporto tra coscienza e volontà da un lato e capacità di intendere e di volere dall'altro, relativamente all'istituto dell'imputabilità, che ha animato non poco le fasi di discussione del Progetto, arrivando persino ad affermare il Longhi (peraltro favorevole al mantenimento della disciplina allora vigente, ovvero al mantenimento del riferimento alla sola coscienza e volontà, essendo sufficiente aver espresso una volta per tutte quello che sarebbe tanto il fondamento dell'imputabilità che della responsabilità, vale a dire la volontà) che la disposizione che agganciava l'imputabilità al requisito della capacità di intendere e di volere fosse stata scritta unicamente per dare un contenuto al titolo Del reo, dandosi così peso all'accusa che il reo nel Codice allora vigente non fosse considerato e facendosi così un titolo per il reato ed uno per il reo e che per fare dette distinzioni si era dovuto parlare di responsabilità a proposito del reato e di imputabilità a proposito del reo, mentre per l'una e per l'altra verrebbero richiesti gli stessi requisiti ed una non sarebbe che il corrispettivo dell'altra!

determinati soggetti e di ciò è lo stesso diritto positivo a darne ampiamente conferma.

Ecco perché la norma di apertura, l'art. 85 c.p. – CAPACITÀ D'INTENDERE E DI VOLERE, la quale si “limita” ad agganciare l'imputabilità all'esistenza totale o parziale del requisito naturalistico della capacità d'intendere e di volere, va necessariamente letta anche in combinato disposto con tutte le norme che seguono (dall'art. 86 all'art. 98)², volte a tracciare gli esatti confini entro i quali far operare l'istituto, allorquando dette norme, escludendo o ammettendo l'imputabilità (e non la capacità d'intendere e di volere ed è proprio questa sottile sfumatura che ci lascia comprendere il senso di ciò che andiamo delineando ovvero che il legislatore aveva in mente una ben precisa capacità d'intendere e di volere) in situazioni particolari rispetto alle quali *prima facie*, in assenza di una previsione espressa del legislatore e nel convincimento che l'assenza di un mero requisito naturalistico di capacità intellettuale e volitiva possa contribuire *ex se* ad escludere o diminuire l'imputabilità, si potrebbe autonomamente (ed a quel punto, anche arbitrariamente) ritenere totalmente o

² MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2011: “Dal combinato disposto degli artt. 85 e 88 ss. si desume che: a) l'imputabilità... ..b) è esclusa o diminuita soltanto in presenza di determinate cause”. PISAPIA G. D., *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*, Padova, 1965, 31 e ss.: “Dato il sistema seguito dal codice – che stabilisce tassativamente quali sono le cause di esclusione o di diminuzione della imputabilità (artt. 88, 89,91, 93, 95, 96, 97 e 98 c.p.) – l'imputabilità deve ritenersi sussistente tutte le volte che non ricorra una delle cause di esclusione o di diminuzione della stessa, espressamente previste dalla legge”. *Contra* ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Milano, 2003, 622 e ss.: “La legge stabilisce preventivamente i casi in cui l'imputabilità è esclusa o diminuita. Sono queste le cd. cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità disciplinate negli articoli da 88 a 96 del codice... ..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. Conformemente all'opinione del Vannini, quindi, riteniamo che debba, ad es., considerarsi incapace penalmente il selvaggio che venga all'improvviso portato a contatto con la nostra civiltà, per quanto non esista una norma espressa che preveda la qualità di essere primitivo come causa escludente l'imputabilità”.

parzialmente esistente o assente (a seconda del proprio “gusto” interpretativo) la capacità d’intendere e di volere³, confermando quindi, implicitamente e correttamente, il contrario.

1.2 Vizio totale di mente (art. 88) e vizio parziale di mente (art. 89)

Con gli artt. 88 – VIZIO TOTALE DI MENTE e art. 89 – VIZIO PARZIALE DI MENTE si entra nel vivo della parte centrale oltre che più delicata della tematica relativa all’istituto dell’imputabilità.

Nel prevedere espressamente nel primo caso che l’imputabilità è esclusa per chi, al momento in cui aveva commesso il fatto era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d’intendere e di volere e nel secondo caso che l’imputabilità non è esclusa, ma è prevista una riduzione di pena, per chi al momento in cui aveva commesso il fatto era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente⁴, senza escluderla, la capacità d’intendere e di volere, si chiarisce, con la modalità più precisa possibile (il codice Rocco è un codice che adotta un linguaggio tecnico ineccepibilmente preciso) quale rilevanza giuridico-penale si intenda attribuire al requisito naturalistico della capacità d’intendere e di volere, considerando che stabilire che un soggetto sia imputabile, semi-imputabile o inimputabile ruoti attorno a questo.

La capacità d’intendere e di volere che il legislatore richiede al fine di poter qualificare un soggetto come imputabile o semi-imputabile ed

³ GALLO M., *Appunti di diritto penale – Vol. 5 (L’imputabilità)*, Torino, 2013, 75: “Capacità di intendere e di volere è, senza alcun dubbio, descrizione di uno stato fattuale: vale a dire di una situazione psichica che oggettivamente è ritenuta o no presente in un certo soggetto; imputabilità è qualifica normativa di un sostrato naturalistico che non è detto coincida necessariamente con il possesso delle facoltà psichiche in discorso”.

⁴ E che in sede di discussione del Progetto viene descritta come una diminuzione che deve derivare da uno stato patologico veramente serio.

intesa come l'idoneità a comprendere (non solo a capire, quindi), conoscere con partecipazione emotiva cioè, il valore ed il disvalore sociale di quell'azione od omissione, accompagnata dall'idoneità ad autodeterminarsi in vista del compimento o dell'evitamento di quell'azione che si è costituita in reato⁵, è quella che non sia stata esclusa o grandemente scemata da una causa che abbia una sua precisa connotazione, vale a dire un'infermità mentale: solo in questo caso potrà dirsi che il soggetto, poiché affetto da un'infermità che, al momento in cui ha commesso il fatto, lo ha messo in uno stato di mente tale da escludere o scemare grandemente la capacità d'intendere e di volere, sia da considerarsi inimputabile nel primo caso, semi-imputabile nel secondo, poiché presente l'unico vizio di mente ammesso in tal senso, ovverossia quello concretantesi in un'infermità mentale, talchè per il primo va esclusa l'assoggettabilità a pena, ma non l'eventuale applicazione di una misura di sicurezza se ritenuto socialmente pericoloso (diversamente, se non socialmente pericoloso cioè, non va applicata la misura di sicurezza); nel secondo, la pena non è esclusa, ma è diminuita e valgono le stesse valutazioni in ordine all'applicazione di una misura di sicurezza viste per l'ipotesi di vizio totale.

Che si tratti di accertare le condizioni di mente di un indagato o di un imputato, ai fini dell'imputabilità l'accertamento sarà sempre e solo di natura psichiatrica, vale a dire che tanto nell'ipotesi in cui si tratti di consulenza tecnica per il p.m. o di parte, l'obiettivo primario delle stesse sarà verificare l'esistenza di un'infermità, ovverossia l'unico vizio di mente che rilevi ad escludere o diminuire l'imputabilità dell'autore del reato.

⁵ FORNARI U., *Trattato di psichiatria forense*, Milano, 2015, 25.

A questo punto emerge chiaramente uno dei punti focali della questione, più volte ribadito e cioè chiarire quali siano i disturbi mentali che possano costituire quell'infermità concretantesi nel vizio di mente di cui agli artt. 88 e 89 c.p.: è bene dire fin da subito che proprio questo tema sarà al centro di un'approfondita analisi nelle pagine che seguiranno, tese ad affrontare la questione della crisi del concetto di imputabilità, così come legato alla difficoltà, sempre più incalzante, di concordare su quali siano i disturbi mentali rilevanti per la legge penale, per cui non deve meravigliare se qui ci si limiterà a delineare per sommi capi una questione di rilevanza fondamentale.

Da dove originerebbe una crisi del concetto di imputabilità?

Dalla difficoltà, osservatasi nel tempo, di far coincidere categorie cliniche con categorie giuridiche⁶.

Con il codice Rocco si parte da un momento storico-scientifico in cui la scienza psichiatrica "ragiona" per tipi di classificazione fondata su criteri clinici circoscritti e delimitati e che si muove, pertanto, entro i sicuri e "rassicuranti" confini dell'infermità mentale coincidente con la sola malattia mentale e descritta, quest'ultima, nello schema delle cd. grandi entità nosografiche ed in cui vi è una agevole sovrapposibilità tra categorie cliniche e categorie giuridiche, il che rende il concetto di imputabilità un concetto ben inquadrabile e si arriva poi alla posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sent. n. 9163/05 con cui si riconosce rilevanza anche ai disturbi di personalità nel novero delle infermità di mente rilevanti ai sensi degli

⁶ Cass., 1 luglio 1959, *Arch. Pen.*, II, 10: "L'infermità di mente deve essere interpretata non nel rigoroso concetto clinico, bensì in quello di infermità giuridica, che può anche discostarsi dalla definizione di infermità clinica vera a propria". Parimenti Cass., 18 dicembre 1963, *Mass. Pen. 1964*, 958, ma di notevole "curiosità" per la seconda parte della massima: "Il concetto di infermità psichica non deve essere inteso in senso esclusivamente clinico, ma giuridico e non è da escludersi a priori un *raptus* determinato da una diminuzione della capacità di intendere e di volere indipendente da una malattia psichica vera e propria".

artt. 88 e 89 c.p., dimostrando, la Suprema Corte, di prendere atto dell'evoluzione che ha interessato la scienza psichiatrica (o potremmo forse chiamarla crisi, se paragonata alle certezze a cui era abituata fino agli anni '70?), ma aprendo un inevitabile dibattito in seno alla dottrina penalistica circa la non più agevole sovrapposibilità tra categorie cliniche e categorie giuridiche, a pena di ritenere il concetto di imputabilità, a questo punto, un concetto effettivamente in crisi.

1.3 L'unica indagine peritale ammessa per l'accertamento dell'imputabilità: la perizia psichiatrica

Il codice Rocco, esito dell'instancabile e mirabile opera dell'allora Ministro Guardasigilli Alfredo Rocco, contiene in sé la soluzione di compromesso, sostenuta dalla cd. Terza Scuola, tra i principi della Scuola Classica e quelli della Scuola Positiva⁷ (che ritroviamo, come visto, al centro del Progetto Ferri) e tra le opposte istanze scientifiche ed ideologie penali ad esse riferibili, quindi tra responsabilità individuale e pena afflittiva e retributiva da un lato e pericolosità e

⁷ Dai *Lavori preparatori*: "Superato, nel campo pratico, il dissidio fra le 2 Scuole, la giuridica e l'antropologia-sociologica, rinvigorito il sistema delle pene, tutelato nella maniera più efficace lo Stato, nella sua personalità interna ed internazionale, secondo i postulati della Rivoluzione fascista, il nuovo codice, a questi pregi altissimi, di per sé sufficienti, aggiungerà anche quelli, parimenti importanti, che, cioè, per esso ne sarà rinvigorita la tutela della famiglia e della morale pubblica, onde la razza sia preservata ai fini dell'alta missione, verso la quale il Governo Nazionale, sapientemente e con mano sicura, la guida. Progetto è, nei principi che lo informano e nella struttura generale del sistema, felicissima affermazione di superamento delle lotte di scuole, dalle quali il campo particolare del diritto penale fu a lungo travagliato. Le dispute sui limiti del libero arbitrio, sulla dipendenza delle azioni umane da questo o da quel fattore ambientale, storico e economico; o sul fondamento e sulle finalità della pena; o quella infine sulla prevalenza, per il giudice penale, del delinquente rispetto al delitto o viceversa hanno ceduto all'esigenza più alta, che la legge penale sia, cioè, strumento di difesa, nel duplice aspetto della prevenzione e della repressione, dello Stato di fronte all'individuo". E che il codice Rocco sia pressochè ispirato ai principi del libero arbitrio emerge anche dal verbale della seduta di discussione del Progetto del 29 marzo 1928, allorquando il Longhi afferma: "Alla dottrina fascista il mondo non può apparire come il risultato di una matematica fatale, e non sarà quindi essa a scardinare il principio del libero arbitrio e a giustificare la fatalità".

difesa sociale e sanzione preventiva dall'altro, tra prevenzione generale e prevenzione speciale: ovvero viene introdotto in Italia, con il codice penale Rocco, il cd. sistema del doppio binario, tuttora vigente, la cui dualità è espressa dal diverso substrato ideologico che ispira e supporta le due soluzioni sanzionatorie⁸, dalla diversa funzione loro riconosciuta (l'ordinamento penale risponde con la pena alla colpevolezza del reo, con la misura di sicurezza alla sua pericolosità sociale) e dalle differenti modalità di esecuzione, a seconda che il soggetto risulti colpevole ma non socialmente pericoloso (nel qual caso sarà sottoposto solo a pena) ovvero colpevole e socialmente pericoloso (nel qual caso si cumuleranno pena e misura di sicurezza, in ordine poi ad eseguire prima una poi l'altra questo dipenderà da una serie di condizioni in concreto normativamente previste).

Se poi il giudizio di colpevolezza avesse un contenuto negativo, in tal caso il soggetto non solo, com'è ovvio che sia e com'è facilmente immaginabile anche da un profano, non sarà sottoposto a pena, ma questo risultato, che porti appunto ad escludere una responsabilità penale, non autorizzerà un'indagine sulla sua pericolosità sociale, il che comporta che l'ordinamento penale, stando così le cose, non si preoccupi di predisporre strumenti idonei a difendere la società da soggetti che, seppur non responsabili nel caso concreto, potrebbero però essere pericolosi⁹.

⁸ La pena è concepita in aderenza ai principi della Scuola Classica ovvero alla funzione retributiva che questa gli riconosce, con i corollari della personalità, della proporzionalità e della determinatezza; la misura di sicurezza, invece, viene concepita come strumento di difesa sociale e preventiva dalla probabile futura recidiva, con i corollari della indeterminatezza e della neutralizzazione.

⁹ Una situazione questa che presenta tutta la sua portata garantista nel momento in cui dimostra che l'ordinamento penale si interessi solo di fatti penalmente rilevanti e, di conseguenza, si dissocia da un meccanismo secondo il quale ci si debba interessare della pericolosità sociale in maniera

Tra il giudizio di colpevolezza e quello concernente la pericolosità sociale del reo s'inserisce il giudizio sull'imputabilità dello stesso, secondo il meccanismo causa-effetto che vede susseguirsi il rapporto colpevolezza/imputabilità/pericolosità sociale in questi termini:

- Una lettura del nostro codice penale che sia fedele al principio di legalità formale (che impone, quindi, di ricavare dalle regole penali quello che esse vogliono dire e non far dire loro ciò che si pretenderebbe far dire) e che ci guidi in una corretta analisi sistematica dello stesso, impone di ritenere che il primo dato che debba acclararsi nella triplice vicenda colpevolezza/imputabilità/pericolosità sociale è appunto quello relativo alla colpevolezza: non è vero, cioè, che soltanto dei soggetti capaci d'intendere e di volere e, per ciò, imputabili deve verificarsi la colpevolezza in ordine alla commissione di un fatto di reato, bensì è vero il contrario.

Se la colpevolezza risulti assente, non seguiranno ulteriori valutazioni, ma se dovesse ravvisarsi colpevolezza (e solo in questo caso), il passo successivo sarà quello di occuparsi della imputabilità del reo;

- Le determinazioni in ordine all'imputabilità saranno ciò che consentiranno al giudice di stabilire se sanzionare con pena il soggetto, se imputabile; con pena diminuita, se semi-imputabile; non assoggettare a pena se inimputabile;
- In conclusione, vi si dovrà raggiungere la valutazione in ordine alla pericolosità sociale del reo e nel caso di prevedibile

avulsa dall'esistenza di una responsabilità penale, mettendo al riparo, quindi, dal rischio di valutazioni di pericolosità preventiva, senza cioè che la società si sia trovata in una condizione di danno o di pericolo; ma che parimenti manifesta anche delle note a sfavore nel momento in cui ci troviamo di fronte ad un ordinamento che percepisce il peso di un problema, quello della pericolosità sociale di un individuo, ma non ha saputo individuare strumenti parimenti garantistici per gestire una situazione che abbia come presupposto l'assenza di colpevolezza.

pericolosità sociale disporre l'applicazione di una misura di sicurezza, additiva rispetto alla pena se imputabile o semi-imputabile, alternativa se inimputabile; in caso, invece, di prognosi negativa di pericolosità sociale, per l'imputabile e per il semi-imputabile residuerà la sola assoggettibilità a pena, per l'inimputabile si chiuderà anche la strada della misura di sicurezza.

Se per determinare la colpevolezza il codice offre quali strumenti da maneggiare il fatto tipico ed i requisiti soggettivi dolo, colpa e preterintenzione e per determinare la pericolosità sociale la capacità a delinquere del colpevole, valutazioni inerenti l'imputabilità del reo devono passare attraverso la lente della perizia psichiatrica che, diretta a verificare lo stato di mente del reo al momento della commissione del fatto, in ossequio alle specifiche esigenze normative analizzate, saranno di supporto al giudice, nella sua qualità di *peritus peritorum*, quali strumenti coadiuvanti il giudizio di imputabilità: la differenza con i giudizi di colpevolezza e quello di pericolosità sociale consiste in ciò che in queste due ipotesi le valutazioni sono agganciate a nozioni tecnico-giuridiche, appannaggio del solo giudice e per la cui qualificazione risulta impensabile il ricorso a contributi scientifici diversi dalla scienza penale (se si prescinde dalle novità in materia di perizia criminologica), cosa che non accade, invece, per quanto attiene l'imputabilità che, così come descritta in stretta connessione con la capacità d'intendere e di volere, quel ricorso a contributi scientifici diversi dalla scienza penale lo richiede imprescindibilmente, essendo impossibile concepire una figura di magistrato dal sapere enciclopedico, anche e soprattutto visti i progressi della scienza nei diversi campi, progresso che sempre più rende indispensabile

l'apertura del processo penale al contributo metodologico e cognitivo appannaggio di altre scienze.

Restano da chiarire i limiti di questa necessaria "collaborazione", nel senso che, se l'abrogato art. 314 co. 2 c.p.p. prevedeva l'inammissibilità della perizia <<per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche>>, riferendosi con ciò alla perizia criminologica nel procedere all'esame della personalità del reo e della sua pericolosità sociale ai sensi degli artt. 133 e 203 c.p. (e vietandola, pertanto, in quanto perizia psicologica, tanto nella fase dell'esecuzione quanto della cognizione) e a differenza di quanto si prevede oggi ai sensi dell'art. 220 co. 2 c.p.p.¹⁰ che recupera in toto la disposizione anzidetta, novandola solo nella parte in cui la fa precedere dall'inciso <<salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della

¹⁰ MAGRIN M. E. – BRUNO C., *Prospettive interdisciplinari per la giustizia penale - Malati o malvagi? Valutare la libertà umana in azione*, Cass. Pen. 2004, 3869 e ss.: "Il divieto espresso dalla norma viene diversamente motivato. Si teme che la perizia psicologica possa essere utilizzata ai danni dell'imputato e che perciò vada esclusa giacché il pubblico ministero potrebbe utilizzare la perizia psicologica per trovare nella personalità dell'indiziato caratteristiche che possano confermare l'ipotesi accusatoria. Per altri versi, si teme che l'orientamento deterministico dello psicologo risulti incompatibile con il criterio di responsabilità giuridica e che la perizia psicologica diventi pertanto uno strumento a senso unico diretto a rilevare le cause di esclusione di imputabilità, vanificando la pretesa punitiva dello Stato. Inoltre è stato sostenuto che tale perizia psicologica, se accettata, esautorerebbe il giudice da una funzione che gli è peculiare. Il divieto di perizia psicologica viene dunque motivato con argomentazioni di segno opposto. Ormai da tempo diverse voci si sono però levate a sostegno di una modifica della norma. Nel 2002 è stata presentata una proposta di legge diretta a modificare il testo del comma 2 dell'art. 220 c.p.p. nel modo seguente: <<I fatti emersi durante la perizia psicologica e psichiatrica non possono essere utilizzati e valutati dal giudice, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., al fine di far desumere da essi l'esistenza di un fatto e, conseguentemente, la fondatezza dell'accusa>>. Tale modifica si riferisce ad una delle principali motivazioni addotte a sfavore dell'accertamento personologico. Tra le diverse argomentazioni introdotte a supporto della proposta di legge, l'Autore rileva un'incongruenza normativa in riferimento a quanto contenuto in altri articoli del c.p.p., che prevedono la possibilità di considerare parte del fascicolo per il dibattimento, documentazioni proveniente dagli uffici del servizio sociale e da altri enti pubblici, valutabili ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato. Ciò andrebbe a determinare <<la paradossale conseguenza in forza della quale viene utilizzata e valutata un'opinione di un assistente sociale in servizio presso un ente pubblico ma non può trovare spazio un parere redatto da un ipotetico premio Nobel di psicologia>>".

misura di sicurezza>> e aprendo le porte del processo penale, pertanto, alla perizia criminologica¹¹ (ovvero ad una perizia che ai fini del giudizio sulla personalità e pericolosità possa avere ad oggetto anche qualità psichiche indipendenti da cause patologiche) ed ai fini appena menzionati e nella sola fase esecutiva della pena (ravvisando un limite, che ossequi le peculiarità dell'ordinamento penale, nelle indicazioni della criminologia clinica e dell'ideologia del trattamento, prescindendo, quindi, da una prospettiva psicologica *tout court*) e confermandone ancora l'esclusione nella fase della cognizione, al contrario, l'unica indagine peritale ammessa ai fini dell'accertamento dell'imputabilità risulterà essere la perizia psichiatrica che, perfettamente inserendosi in quelle ipotesi giustificative contemplate dall'art. 220 co. 1 c.p.p. come necessità di <<svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche>>, darà ragione, al contempo, di quel limite che è rappresentato dal riferimento alla <<infermità>> di cui agli artt. 88 e ss. c.p. al fine di qualificare la capacità d'intendere e di volere al momento del fatto: tale sarebbe la *discrimen* tra qualità psichiche afferenti la sfera patologica da un lato e componente psicologica di una personalità non affetta da infermità dall'altro, tra area psichiatrica di accertamento peritale da un lato e area criminologica dall'altro.

Delle due l'una, lo stato morboso rilevante ai fini degli artt. 88 e ss. c.p. impone la sola riferibilità alla sfera patologica da cui, per ritornare al punto da cui siamo partiti, ne deriva che, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità del reo, la perizia psichiatrica sia l'unica attività

¹¹ Che in ogni caso non si esaurisce nell'indagine sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche, necessitando la stessa di valutazioni a più ampio spettro, quali quelle afferenti la dimensione sociologica ed ambientale in cui la vita e la persona del reo s'inseriscono.

peritale ammessa di supporto al processo penale al fine di fornire un accertamento tecnico (di natura psichiatrica) che porti il perito a formulare un giudizio diagnostico-valutativo e prognostico sulle condizioni di mente (per quel che qui ci riguarda dell'imputato) al momento del fatto (commesso), fornendo al giudice una base su cui innestare il proprio convincimento, non essendo in ogni caso egli tenuto a sottoscrivere le conclusioni peritali, poiché ogni valutazione psichiatrico-forense svolge una semplice funzione di supporto delle decisioni giudiziarie¹² ed il libero convincimento del giudice resta sostanzialmente intatto ed assume un ruolo decisivo, ma qualora ciò dovesse accadere, lo stesso è chiaramente chiamato a motivare le ragioni del suo dissenso¹³.

¹² Cass. 16 giugno 1969, *Mass. Cass. Pen. 1969*, 1559: "L'accertamento dello stato d'infermità mentale dell'imputato e della sua pericolosità sociale è, di regola, devoluto ad un perito, che assume, in tal modo, la qualità di ausiliario tecnico del giudice. Quest'ultimo, pertanto, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo, può uniformarsi al parere del perito, senza ricorrere ad approfondite discussioni, quando non ravvisi deficienze sostanziali, lacune o vizi di ordine logico e tecnico, che rendano l'accertamento privo di fondamento o che non consentano l'esercizio del potere di controllo".

¹³ Cass., 27 gennaio 1950, *Giust. Pen. 1950*, II, 637: "I rilievi della difesa: che l'imputato era stato una prima volta dichiarato rivedibile nella visita subita per la leva militare, non si sa per quale motivo; che nel 1928 il nonno si era suicidato gettandosi da un balcone; che la madre era stata giudicata una psicastanica; che egli da bambino si era mostrato eccitabile, ribelle, strano e disordinato; e che un funzionario di p.s. aveva deposto di avere avuto l'impressione che sul giovane avesse agito morbosamente la lettura di libri di avventure brigantesche: non ponevano in essere elementi di tale gravità da autorizzare fondate presunzioni o dubbi sulla piena capacità d'intendere e di volere dell'imputato ovvero di giustificare una perizia tecnica. Contro tali scarsi e non decisivi elementi e al di sopra di ogni responso eventualmente favorevole di uno psichiatra stava la prova emergente dalle modalità del delitto stesso, delitto non istantaneo e d'impeto, ma che richiese, con l'ardimento e l'audacia malizia e avveduta preparazione: estorsione aggravata in danno di gioiellieri in tempo di oscuramento bellico. Trattasi comunque di apprezzamento di circostanze di fatto che, giustificate in sentenza da motivazione adeguata e immune da vizi logico-giuridici, è per ciò stesso sottratto alle censure della Suprema Corte". Cass., 24 gennaio 1964, *Mass. Pen. 1965*, 150: "Nella risoluzione di quesiti di carattere scientifico (quali sono quelli medico-legali), il convincimento del giudice di merito su elementi tecnici può formare oggetto di sindacato di legittimità soltanto se vi è mancanza o vizio logico di motivazione: per quanto attiene alle norme tecniche, sulle quali il convincimento stesso è basato, la motivazione è censurabile solo quando le norme in parola siano inesistenti o del tutto errate (cioè contrarie alle regole di esperienza)". Cass. I, 21 ottobre 1977, *Cass. Pen. 1979*, 826: "È insindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivato, il giudizio del giudice di merito che esclude la sussistenza del vizio totale o parziale di mente sulla base di una perizia medico-legale". Cass. IV, 07 marzo 1983, *Riv. Pen. 1984*, 18: "L'obbligo del giudice di disporre perizia deve ritenersi sussistere non già tutte le volte che, astrattamente e teoricamente, sia possibile un'indagine di natura tecnica,

Se appare essere questo il ruolo che il nostro sistema di diritto penale sostanziale quanto processuale riconosce alla perizia psichiatrica, si giustifica da sé l'esigenza di comprendere come debbano e come possano incontrare un momento di raccordo le esigenze (di natura clinica) che la scienza psichiatrica è chiamata a soddisfare e le esigenze (di natura giuridica) che la scienza penale è chiamata a soddisfare: non si sarebbe parlato da più fonti di crisi del concetto di imputabilità se questo momento di raccordo fosse stato raggiunto o, se mai raggiunto, non fosse stato perso a favore di un'asserita prevalenza dei binari tracciati dalla scienza psichiatrica e su cui la scienza penale sembrerebbe esservi stata "costretta" ad incanalare le proprie vedute. Ed è una malcelabile constatazione il fatto che ciò sia accaduto: ciò che emerge opportuno a questo punto è capire come sia accaduto, quale sia stata l'evoluzione (o forse l'involuzione?) che ci ha portati dall'infermità di mente intesa come malattia ad una infermità di mente che non solo non possa più dirsi propriamente coincidente con la "pura e semplice" malattia, ma che possa ricomprendervi anche i gravi

perché, se così fosse, il giudice sarebbe vincolato ad attività anche dispersive ed inutili al fine dell'accertamento della verità, ma soltanto quando vi sia necessità dell'accertamento riguardante particolari cognizioni scientifiche o tecniche. La sussistenza di questa necessità dev'essere accertata dal giudice, il cui apprezzamento può essere censurato in sede di legittimità soltanto se egli non abbia dato contezza del suo libero convincimento con logica ed adeguata motivazione". Cass. Pen. I, 02 aprile 1988, *Cass. Pen. 1990*, I, 239: "Stabilire se un soggetto, nei singoli casi, sia nel momento del fatto privo di capacità di intendere e di volere, ovvero abbia la stessa grandemente scemata ovvero lo stabilire se trattasi di soggetto con personalità anormale, costituisce una questione di fatto il cui esame compete istituzionalmente al giudice di merito. Costui deve avvalersi dell'ausilio di perizia psichiatrica ed il suo giudizio si rende insindacabile in sede di legittimità quando si riveli esaurientemente motivato, anche con il solo richiamo alle conclusioni e valutazioni della perizia". Cass. IV, 13 maggio 2011, n. 24573, *Guida al diritto 2011*, fasc. 36, 94: "In virtù dei principi del libero convincimento del giudice e di insussistenza di una prova legale o di una graduazione delle prove, il giudice ha la possibilità di scegliere, fra le varie tesi scientifiche prospettate da differenti periti di ufficio e consulenti di parte, quella che ritiene condivisibile, purchè dia conto, con motivazione accurata e approfondita delle ragioni del suo dissenso o della scelta operata e dimostri di essersi soffermato sulle tesi che ha ritenuto di disattendere e confuti in modo specifico le deduzioni contrarie delle parti, sicchè, ove una simile valutazione sia stata effettuata in maniera congrua in sede di merito, è inibito al giudice di legittimità di procedere a una differente valutazione, poiché si è in presenza di un accertamento di fatto come tale insindacabile dalla Corte di Cassazione, se non entro i limiti del vizio motivazionale".

disturbi di personalità e non potremo che farlo con un occhio al codice ed uno, ancor più attento, ad un manuale di psichiatria forense che ci aiuti a comprendere le tappe fondamentali di questo percorso, partendo dal presupposto che, se non è facile nemmeno per la scienza psichiatrica definire la generica nozione di infermità, ciò sarà tanto più complesso se si consideri il compito chiesto all'ordinamento penale di accogliere detta nozione, ma al contempo secondo modalità che non portino ad una lesione delle fondamentali esigenze che lo contraddistinguono.