

L'accertamento neuroscientifico nella valutazione della colpa psichiatrica
Neuroscientific assessment in the evaluation of psychiatric guilt

Serena Scippa

Dottoressa di Ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* presso l'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Sommario: 1. Considerazioni introduttive 2. Neuroscienze e diritto penale: una indagine ricostruttiva. – 3. Gli sviluppi delle neuroscienze: tra antiche intuizioni e nuovi approdi. – 4. Potenzialità applicative e limiti dell'accertamento neuroscientifico. 5. La colpevolezza. – 5.1. La concezione psicologica della colpevolezza: cenni. 5.2 La concezione normativa della colpevolezza. – 6. I concetti di dolo e colpa alla luce delle neuroscienze. – 7. Un diritto penale d'autore o un diritto penale del fatto. – 8. La funzione della pena: un cambio di paradigma. – 9. Il complesso rapporto tra giustizia penale e scienze psichiatriche.

ABSTRACT

Il nostro sistema ha da sempre accolto paradigmi giuridici diversificati e provenienti dall'estero in ragione della sempre preponderante necessità di mutevolezza, così erigendo un sistema giuridico intriso di conoscenza scientifica – non della c.d. scienza spazzatura – ma di quella episteme in grado di dar vita a flussi giuridici.

L'incerto campo della psichiatria presenta delle ricadute in tema di accertamento del rapporto di causalità e di valutazione del comportamento doveroso omesso. Non si può, e mai si potrà, pretendere di stravolgere il «senso di giustizia» su cui è stato costruito il nostro ordinamento, come insieme di valori radicati in profondità ed elaborati nel corso dei secoli, ma sarà possibile optare per un bilanciamento «giusto» tra sapere scientifico e sapere del diritto, tra due metodi fortemente diversi, ma costituenti l'uno il precipitato logico applicativo dell'altro: la scienza sperimenta sull'uomo e per l'uomo attraverso le conquiste in campo scientifico che necessitano dell'apporto del diritto, sotto forma di protocolli, per essere utilizzate.

Our system has always welcomed legal paradigms coming from abroad and diversified, due to the ever-preponderant need for changeability, thus erecting a legal system steeped in scientific knowledge - not the so-called junk science – but of that episteme capable of giving life to legal flows.

The uncertain field of psychiatry has repercussions in terms of ascertaining the causal relationship and evaluating the dutiful omitted behaviour. One cannot, and never will be able, to overturn the «sense of justice» on which our legal

system was built, as a set of deeply rooted values and elaborated over the centuries, but it will be possible to opt for a «fair» balance between scientific knowledge and knowledge of law, between two very different methods, but constituting one the consequence of the other: science experiments, on man and for man, through the conquests in the scientific field that need the contribution of law, in the form of protocols, to be used.

1. Considerazioni introduttive

Una teoria scientifica è vera solo fino a quando un'altra migliore non la falsifichi. Si ragiona in termini probabilistici: tutti possono avere ugualmente ragione pur sostenendo ipotesi opposte e pervenendo a finalità diverse¹. Il sapere scientifico è caotico e casuale, come le altre forme di conoscenza; è incerto, imprevedibile, mutevole e cangiante. E il diritto? La legge? La legge è il mondo del dover essere; è la regola che impone al fatto illiceità e indica la sanzione che il giudice deve applicare al responsabile del reato. Due epistemologie, due mondi diversi, uno scientifico l'altro giudiziario. Scienza e norma² o norma e scienza. Possono convivere senza limitarsi a vicenda ed interagendo in modo utile per le finalità della giustizia? È un binomio necessitato? Sarebbe una novità scientifica di carattere eccezionale la correlazione tra attività mentale e sostrato biologico?

Tali interrogativi, oggetto del lavoro che ci occupa, uniscono i vari ambiti legali alle neuroscienze in modo da ottenere una maggior comprensione delle cause dei comportamenti umani. L'indagine su quest'ultimi sarà fatta non solo indagando su soggetti affetti da disturbi psicotici, dal punto di vista del soggetto autore di reato, ma anche dal punto di vista di colui che tiene in cura il soggetto stesso.

Il punto da cui partire non può non essere che quello della ricerca scientifica, nella quale è ovvio che tanto il medico quanto il paziente, ripongono grande fiducia: il primo spera, da mediatore fra essa e il paziente, che si trovi una cura e un trattamento che egli possa applicare a quei malati sottoposti a patologie di difficile guarigione; il secondo si attacca alla speranza di poter trovare un cura ai propri mali con i rimedi che la scienza gli può promettere: innescando quel diritto alla speranza, unica consolazione nei momenti di attacco del male. Partendo dalla delineazione dei compiti gravanti sul soggetto che «cura» e «custodisce» il paziente psicotico e, per ciò solamente, risponde a titolo di colpa, si può comprendere l'ampiezza dei disturbi mentali e, sul versante penalistico, la

¹ L. DE CATALDO NEUBURGER, *Neuroscienze e diritto penale. La scienza come, quando e perché*, in *Le neuroscienze e il diritto* (a cura di) A. SANTOSUOSSO, Ibis, Pavia, 2009.

² L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze giuridiche. I diversi livelli di interazione tra diritto e neuroscienze*, in A. BIANCHI, G. GULLOTTA., G. SARTORI., (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, Milano, 2009.

possibilità o meno di prevedere quei comportamenti che possano tradursi nell'esplicazione di atti auto-aggressivi ovvero etero-lesivi.

Il ruolo affidato allo psichiatra³, inquadrandosi nel concetto paradigmatico di colpa penalistica, presenta dei risvolti pratici di indubbia rilevanza. L'incerto campo della psichiatria deve necessariamente passare per alcuni snodi del diritto penale: a partire dalla rappresentazione dei limiti della posizione di garanzia dello psichiatra, soprattutto con riferimento all'obbligo di impedire atti aggressivi del paziente, alla necessità di delineare in maniera compiuta l'evento in concreto realizzatosi, con le evidenti ricadute sull'accertamento del rapporto di causalità e sulla valutazione del comportamento doveroso omesso. Sono queste, dunque, le categorie di base da cui è doveroso partire per verificare quanto i rapporti tra neuroscienze e diritto possano esplicare i propri effetti.

2. Neuroscienze e diritto penale: una indagine ricostruttiva

La prima domanda che bisognerà porsi consiste nel se e quando le neuroscienze⁴ abbiano acquistato la capacità di mettere in discussione quel particolare assetto tra diritto penale e freniatria che era maturato nell'ottocento e che in molte legislazioni, come quella italiana, è tuttora presente. La responsabilità penale è esclusa se la persona, nel momento in cui ha commesso il fatto, era in uno stato di mente tale da escludere la capacità d'intendere o di volere; mentre vi è responsabilità, ma con riduzione di pena, se la capacità è solo diminuita.

Ma, prima di addentrarci nella sostanza del discorso, è bene chiarire i concetti che ci verranno in sostegno nella trattazione di questa particolare materia.

Analizziamo i concetti di consapevolezza, capacità decisionale e responsabilità, *rectius* colpevolezza⁵. Si è consapevoli quando si è in grado di decidere: solo se si è coscienti si è in grado di decidere⁶. Il passo successivo fa riferimento all'agire intenzionale, concetto che ha impatto enorme sul nostro comportamento sociale ed inevitabilmente causa di implicazioni legali: l'agire consiste nel potere di dar vita ad azioni corrispondenti ai propri scopi ed interessi; l'intenzionalità è l'anticipazione di un corso di azione che deve ancora

³ C. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

⁴ J. GOODENOUGH – M. TUCKER, *Law and Cognitive Neuroscience, Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, p. 62, delinea il rapporto tra diritto e neuroscienze definendoli "partner naturali", che consentono di porre un argine agli abbagli ideologici circa l'utilizzo dei risultati scientifici per avallare decisioni di politica criminale.

⁵ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano 1951.

⁶ A. STRACCIARI, *Consapevolezza e responsabilità nel processo decisionale. Un approccio neurocognitivo*, in (a cura di) M. COSTERBOSA, *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, Il Mulino, Bologna, 2010.

essere realizzato, al quale il soggetto volontariamente e consapevolmente acconsente. Solo se si è in grado di decidere si è capaci di agire.

Il tema della (ir)rilevanza delle neuroscienze si è affacciato sulla scena del diritto e del processo penale da qualche anno in Italia, intendendo per neuroscienze quel complesso di discipline che indaga sulle connessioni neuronali dei comportamenti umani, non solo quelle estrinsecanti in semplici movimenti corporei, ma anche quelle più complesse (la volizione, le emozioni, persino la formulazione dei giudizi morali), di norma attribuiti alla mente⁷.

A livello teorico, ci si è interrogati sulla possibilità di riformulare il diritto penale sulla base delle applicazioni neuroscientifiche⁸ (attraverso il superamento del dogma della volontà libera e non determinata); a livello pratico, invece, vi sono delle applicazioni volte a delimitare il campo di indagine sulla sussistenza degli elementi del fatto di reato. L'applicazione delle neuroscienze nel giudizio di colpevolezza muove, dunque, le premesse dalla esigenza di superare un approccio meramente sintetico allo studio del reato, di scomporre gli elementi strutturali e di collocarli in un ordine sistematico⁹ (*bene iudicat qui bene distinguit*). Mentre la dottrina penalistica tradizionale contrappone all'elemento oggettivo (forza fisica) l'elemento soggettivo della volontà colpevole (forza morale), ravvisando nel reato due elementi quale quello oggettivo e soggettivo¹⁰; la dottrina prevalente¹¹ riconosce nel reato un fatto umano tipico (conforme alla fattispecie astratta), antigiuridico¹² (contrario all'ordinamento giuridico e, dunque, non coperto da alcuna esimente) e colpevole (sorretto da una volontà riprovevole). La categoria dogmatica della colpevolezza¹³ diventa, dunque, il concretizzarsi di quelle condizioni psicologiche che consentono la riconduzione del fatto antigiuridico all'agente.

⁷ Sul punto si vd. A. BIANCHI, *Neuroscienze e diritto: spiegare di più per comprendere meglio*, in AA.VV., *Manuale di neuroscienze forensi*, (a cura di) A. BIANCHI, G. GULOTTA, G. SARTORI, Milano 2009, XIII.

⁸ F. BASILE – G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Riv. Dir. pen. proc.*, 2017/4, pp. 269.

⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017 pp. 101 ss.

¹⁰ F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione a cura di CONTI, Giuffrè, Milano.

¹¹ Sul punto *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2018, pp. 175 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 103 e ss.

¹² Per ciò che attiene alle difficoltà cui va incontro la teoria dell'antigiuridicità penale obiettiva si veda M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte Generale*, Vol. 1, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 209-210. Cfr F. ANTOLISEI, *ibidem*, qualificando l'antigiuridicità come un giudizio di relazione, "l'in se" del reato.

¹³ Sul punto cfr. M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.

Storicamente ancorata ad una concezione retributiva della pena, oggi, la colpevolezza trova la sua dimensione all'interno di una teoria generale della pena orientata alla prevenzione¹⁴.

Se, da un lato, richiede - ai fini di una imputazione soggettiva - che il fatto di reato sia sorretto da un coefficiente psicologico, garantendo la libertà di scelte individuali e ponendo un freno alla possibilità di forme di responsabilità oggettiva in contrasto con l'art 27 Cost., dall'altro, incrementa la sua funzione garantista sul terreno della commisurazione della pena. La pena, dunque, non conseguirà al solo combinarsi di un fatto antiggiuridico o, per meglio dire, alla presenza degli elementi tipizzati nella fattispecie penale, ma sarà necessario una indagine ulteriore che consista in una valutazione di natura utilitaristica in chiave preventiva: ha efficacia la pena nella misura in cui dissuada i consociati dal rischio di compiere atti criminosi ovvero riduca il rischio che l'autore del fatto torni a compierli (prevenzione speciale)¹⁵. Dunque, l'elemento soggettivo del reato è un fatto di ordine naturale e, in particolare, un fenomeno psicologico e, come tale, si aggiunge all'elemento oggettivo o materiale. Esso consiste in ogni caso in un comportamento psichico: in un atteggiamento della volontà dell'agente.

L'accertamento del dolo viene effettuato sulla base di un tritico di carattere logico: il primo passo, consiste nel valutare tutte le circostanze esteriori che, in qualche modo, influiscono sugli atteggiamenti psichici; successivamente è necessario indagare, sulla base della esistenza di tali circostanze, la presenza di una rappresentazione, volizione, sulla base di massime di comune esperienza del modo in cui vanno le cose; infine misurare, alla stregua delle diverse circostanze, la effettiva o meno deviazione rispetto al normale andamento degli accadimenti.

Il giudice deve, quindi, valutare alla stregua di indizi tutti gli elementi esterni da cui sia possibile ricavare la prova del dolo, onde necessario che «l'indizio sia certo e non meramente ipotetico o congetturale, che la deduzione del fatto noto rientri in un procedimento logico ispirato al massimo rigore e alla più assoluta correttezza e, nel caso di pluralità di fatti indizianti, questi siano concordanti, nel senso che, valutati nel loro insieme, confluiscono univocamente in una ricostruzione logica e unitaria del fatto ignoto, che non deve avere contro di sé alcun ragionevole dubbio»¹⁶.

Questa sequenza rende palese il *modus operandi* per cui potremmo dire che la condotta si fa, cioè, segno dell'intenzione. In quest'ottica, dunque, il ricorso alle tecniche di indagine neuroscientifiche consentirebbero un ipotetico

¹⁴ G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, pp. 838 ss.

¹⁵ Sul punto si vd. L. EUSEBI, *La pena in crisi: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, p. 75.

¹⁶ Cass. Pen., Sez. I, del 11 luglio 1988, n. 11453 in *C.E.D. Cass.*, n. 179793.

accertamento di segno negativo, volto alla confutazione, mediante il riferimento a dati empirici, del terminale risultato ricostruttivo afferente alla sfera psichica di un determinato individuo, conseguito in chiave induttiva attraverso la riferibilità a circostanze esteriori di un fatto ed il recupero di massime di esperienza.

La colpa, invece, deve essere provata di volta in volta¹⁷. Tanto premesso, è necessario ora porsi l'interrogativo della fattibilità di una consulenza tecnica sull'elemento soggettivo del reato, o per meglio dire, chiedersi se la scienza psicologica sia in grado di fornire una risposta più attendibile di quanto non si riesca attraverso l'utilizzo delle massime di esperienza.

A tal uopo bisogna valutare come dialogano tra loro «norma - costruito», ossia la corretta individuazione del rapporto di traduzione tra il riferimento mentalistico contenuto nella norma giuridica e lo specifico costruito del linguaggio delle scienze del comportamento.

In una ipotetica perizia sull'elemento soggettivo del reato, quale sarebbe il costruito delle scienze del comportamento oggetto di esplorazione di carattere tecnico - scientifico?

Specifichiamo che, quando parliamo di perizia sulla colpevolezza, non intendiamo trasgredire al divieto imposto dalla norma di cui all'art. 220 c.p.p. che vieta di porre in essere una perizia psicologica, vale a dire quella avente ad oggetto il carattere e la personalità del soggetto; parliamo, piuttosto, di un atteggiamento della volontà dell'agente e, dunque, il modo in cui il soggetto si pone in relazione al proprio comportamento.

Quelli che, in psicologia sociale, vengono definiti come «attribuzione causale» nell'ambito della valutazione dell'elemento soggettivo, entrano nel procedimento penale suddivisi in un duplice livello: in primo luogo, nel momento in cui il giudice deve attribuire lo stato mentale dell'imputato (per esempio, se l'imputato era consapevole, nel caso di ricettazione, del fatto che la merce potesse essere provento illecito); in secondo luogo, quando il giudice deve stabilire come quest'ultimo ha attribuito gli stati mentali altrui (per esempio, l'imputato come ha attribuito le intenzioni del rapinatore reagendo con un'arma da fuoco e ferendolo?).

Si parla dei c.d. apporti tecnici.

Si fa solitamente riferimento, in sede processuale, a tecniche come quelle di *lie detection*, utilizzate per vagliare la sincerità delle affermazioni del

¹⁷ Alcuni autori si sono mostrati di contrario avviso, sostenendo che vi siano dei casi in cui la colpa è presunta al cospetto di disposizioni che prescrivono un dato comportamento al fine di impedire il verificarsi di un pericolo o di un danno già commisurato nel processo di positivizzazione. L'opinione è però stata abbandonata, ritenendo che sia che si tratti di colpa specifica o di colpa generica il punto di vista da assumere è sempre quello in concreto, sul punto G. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbani*, 1977-78, p. 277.

dichiarante e le tecniche sull'elemento soggettivo che si riferiscono alla scientificità nella ricostruzione della disposizione soggettiva dell'imputato, a prescindere dalle dichiarazioni in merito.

Sono tecniche, quelle relative all'elemento soggettivo, che possiamo definire di *mind detection* nel senso di rilevatori delle genuine disposizioni soggettive: non si valuta la veridicità del contenuto storico delle dichiarazioni testimoniali, ma la veridicità delle disposizioni soggettive (delle intenzioni).

3. Gli sviluppi delle neuroscienze: tra antiche intuizioni e nuovi approdi

Quando parliamo di neuroscienze, o di «nuova fase delle neuroscienze» necessariamente dobbiamo volgere la mente al passato, valutare l'inizio della diffusione di tale branca sino ad arrivare ai giorni nostri. In principio, la frenologia, ideata dal medico tedesco Franz Joseph Gall, sosteneva di poter definire le caratteristiche di un soggetto a partire dall'analisi del cranio¹⁸.

Questa branca ebbe molto seguito grazie al lavoro degli psichiatri forensi che permettevano alla stessa frenologia di entrare nelle aule dei tribunali e fungere da metodo rigoroso e veritiero circa la correlazione tra sostrato biologico e comportamento umano.

Successivamente, una parentesi simile a quella della frenologia è stata percorsa dal determinismo biologico di Lombroso, antropologo criminale, fondato sulla concezione del delinquente quale malato nato, postulando l'esistenza di una predisposizione dell'individuo da rintracciarsi nella natura organica dello stesso proclive alla commissione di reati¹⁹ e, dunque, desumibile dalla struttura anatomica dell'individuo.

Anche tale parabola, mancando di rigorosa scientificità, è stata ben presto abbandonata, costituendo, tuttavia, ad oggi un appiglio per la ricostruzione delle neuroscienze in una dimensione biologica.

Infine, l'ultimo passaggio si è avuto attraverso la sperimentazione di trattamenti che facevano leva sull'impiego della chirurgia per verificare la commissione da parte dei soggetti di condotte violente, il cui pioniere è stato lo psichiatra portoghese Antonio Egas Moniz. Quest'ultimo ideò la leucotomia prefrontale, la cui finalità era quella di eliminare in radice il desiderio e la capacità degli individui di compiere in maniera reiterata atti violenti²⁰.

¹⁸ F. J. GALL – J. G. SPURZHEIM, *Anatomie et physiologie du système nerveux en general, et du cerveau en particulier, avec des observations sur la possibilité de reconnaître plusieurs dispositions intellectuelles et morales de l'homme et des animaux par la configuration de leurs têtes*, 4 Tomi, Parigi, 1810.

¹⁹ M. E. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, Good Press, Milano, 1876. Sul punto si vd. P. L. BOLONE, *Cesare Lombroso, ovvero il principio dell'irresponsabilità*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1992.

²⁰ A. C. PUSTILNIK, *Violence on the Brain: a critique of neuroscience in criminal law*, in *Wake Forest L. Rev.*, 2009, p. 203. Un esperimento di tale tecnica è stato compiuto presso il *Vacaville State*

Anche essa ben presto soppiantata per irrilevanza dei risultati ottenuti.

Si giunge agli anni Settanta del Novecento ove il termine Neuroscienze comincia ad avere una fisionomia ben strutturata e viene affiancata, in numerose riviste specializzate, alla espressione di «scienze cognitive».

Cominciano così a profilarsi nuovi campi di indagine, nuove riflessioni e nuovi stimoli grazie alla sperimentazione empirica di George Miller e Micheal Gazzaniga, il cui scopo era quello di chiarire come il cervello attivi la mente²¹.

La ricerca euristica delle neuroscienze si muove nel solco della dimostrazione della fallibilità del metodo cartesiano, della fallacia del dualismo che riconosce come autonome mente e cervello²².

La letteratura neuroscientifica, muovendosi sul versante opposto, cerca di dimostrare, a livello empirico, la inscindibilità della mente e del corpo tanto sul piano fenomenico che concettuale²³.

Queste ricerche in campo scientifico tradurranno i loro effetti nel mondo giuridico e ciò, non solo perché si tratta di sistemi che si alimentano a vicenda, spesso sovrapponendosi e collaborando, quanto anche per la più avvertita necessità di un senso di giustizia. Parliamo di un senso di giustizia supremo che sarà rispettato dalla possibilità di prevedere e distinguere coloro che siano veramente colpevoli da coloro che diventino vittime di circostanze neuronali²⁴.

Ci si trova al cospetto di quello che, da molti, è stato definito un determinismo forte, in cui il concetto di responsabilità si pone in modo incompatibile con le catene causali²⁵.

Questa affermazione è non priva di importanti risvolti pratici: il determinismo radicale soppianta del tutto il libero arbitrio²⁶, il quale viene ad essere, come definita da alcuni giuristi, una illusione psicologica²⁷; non vi sarebbe

Penitentiary in California su numerosi detenuti, impianto elettrodi finalizzati ad eliminare parte del tessuto dell'amigdala. L'esito infausto segnò l'infondatezza scientifica di tale tecnica.

²¹ M. S. GAZZANIGA – R. B. IVRY – G. R. MANGUN, *Cognitive Neuroscience: The Biology of the Mind*, International Edition, New York, 2008.

²² R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, Mondadori, Milano, 1637.

²³ A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, trad.it., Adelphi, Torino, 1995.

²⁴ J. GREENE - J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society Lond. B*, vol. 359, 2004, cit., p. 1781.

²⁵ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 503.

²⁶ Sulla effettività del libero arbitrio, in contrasto con gli studi di Libet che argomentano sul libero arbitrio come illusione della coscienza, cfr. J. SEARLE, *The Mystery of Consciousness*, in *the New York Review of Books*, 1998, p. 65.

²⁷ I. MERZAGORA BETSTOS, *Colpevoli si nasce? In Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cortina Raffaello, Padova, 2013.

una libertà libera, priva del decorso causale, ossia frutto della esclusiva volontà di taluno²⁸.

Paradigmatici in tal senso sono stati gli studi di un neurofisiologo statunitense Benjamin Libet²⁹, il quale ha indagato sulla relazione esistente tra l'intenzione cosciente, ossia la volontà del soggetto, di compiere determinati movimenti e l'attivazione di specifici gruppi neuronali mediante l'apposizione di elettrodi sul cranio³⁰.

Si tratta di lavori sui «timing» dei processi deliberativi, ossia sulla relazione tra volontarietà e coscienza nell'agire deliberato³¹.

L'esito cui si è giunti è stato quello di ritenere che il cervello compia le decisioni in un momento in cui la consapevolezza della scelta non sia ancora del tutto, o per niente, maturata³²; ciò a dimostrazione della insussistenza del libero arbitrio.

Tale paradigma, in una prospettiva *de iure condendo*, lascia intravedere dei possibili mutamenti e ripercussioni sulle categorie paradigmatiche del diritto penale a partire dallo stesso concetto di responsabilità e libertà del volere³³.

Si è parlato, a tal proposito, di programma forte delle neuroscienze³⁴.

²⁸ E. MORSE, *Gene-Environment Interactions. Criminal Responsibility, and Sentencing*, in K.A. DODGE – M. RUTTER, *Gene-Environment interactions in Developmental Psychopathology*, New York, 2011, p. 218.

²⁹ Sul rilievo empirico degli esperimenti sul libero arbitrio cfr. B. LIBET, *Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness*, Harvard University press, 2004, tr.it. *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, 2007. Ancora, sul concetto di responsabilità morale e giuridico influenzati dagli studi di Libet si vd. W. P. SINOTT ARMOSTRONG - L. NADEL, *Conscious Will and Responsibility: A tribute to Benjamin Libet*, Oxford University Press, 2010.

³⁰ B. LIBET - C. A. GLEASON – E. W. WRIGHT – D. K. PEARL, *Time of conscious intention to Act in Relation to onset of Cerebral Activity (Readiness- potential)*. *The Unconscious of a Freely Voluntary Act*, in *Brain*, 1983, p. 623.

³¹ B. LIBET, *Do we have free will?*, in *Journal of the Consciousness Studies*, 6, pp. 47- 57, 1999. Sul punto L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in *Riv. Persona e Danno*, 2008.

³² *Contra* si vd. C. FRITH, neuroscienziato, il quale ha commentato gli studi di Libet ritenendo che “nel momento in cui pensiamo di scegliere il nostro cervello ha già fatto la sua scelta; ciò, però, non significa che l'azione non sia stata scelta liberamente. Significare semplicemente che non eravamo consapevoli di compiere la scelta in quel dato istante” in *Making up the Mind: How the Brain Creates our Mental World*, Oxford, 2007.

³³ D. WEGNER. *The illusion of Conscious Will*, MIT Press, 2002, p. 2, sostiene che l'esperienza di voler coscientemente un'azione non costituisce un indizio diretto che il pensiero cosciente abbia causato l'azione. Una persona avverte semplicemente una sensazione di fare. Cfr. M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere*, in DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, p. 58.

³⁴ O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?* – Giappichelli, Torino, 2019, ove si parla di programma forte del diritto penale per distinguerlo da un programma moderato e ri-pensativo, le cui assunzioni si baserebbero sulla funzione del diritto penale in chiave esclusivamente retributiva e sulla conseguenza della necessaria presupposizione del libero arbitrio perché questa possa sussistere. L'autrice chiarisce che le neuroscienze avrebbero rilegato

Su un piano mediato, invece, si pone un approccio di tipo moderato in cui non si nega del tutto rilevanza alle diversità degli stati mentali in capo agli individui nel momento in cui pongono in essere le proprie condotte, ma si ritiene esservi - al fine di facilitare la prova degli elementi del reato - un punto di incontro tra il ricorso alle neuroscienze (neuro-tecniche e genetica comportamentale) e la commisurazione del grado di pericolosità del reo.

Si tratta, dunque, di un determinismo non in rotta di collisione con la libertà del volere in campo giuridico - morale e di un determinismo dei fenomeni fisici³⁵.

Sia che si opti per un approccio di tipo forte o di tipo compatibilista (o moderato) o, ancora, che si faccia ricorso alla *folk psychology* di Morse³⁶, non può certo revocarsi in dubbio il contributo delle neuroscienze ad una migliore comprensione delle cause dell'agire umano, riformulando le cause di esclusione della colpevolezza e adottando un nuovo concetto di responsabilità individuale che possa realmente portare in luce quel sostrato biologico che incida sulla reale capacità di intendere e di volere³⁷.

4. Potenzialità applicative e limiti dell'accertamento neuroscientifico

La prassi giurisprudenziale non consente di insinuare dubbi sulla minore efficacia che le moderne neuroscienze offrono nella valutazione della colpa, rispetto al dolo, ed è questa la ragione per la quale andremo ad indagare sulle possibili o, quantomeno, auspicabili, speculazioni che tale studio offra.

Il dibattito teorico sui rapporti tra diritto penale e neuroscienze ha avuto una sensibile accelerazione in seguito a numerose pronunce della giurisprudenza di merito ove sempre più consistenti si sono mostrate le potenzialità applicative e i limiti dell'accertamento di tipo scientifico.

il libero arbitrio a mera illusione. Sul punto cfr. A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 507. Cfr. anche A. FORZA, *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?* - in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1376 ss; D. WEGNER, *L'illusione della volontà cosciente*, la cui traduzione, in M. DE CARO - A. LAVAZZA - G. SARTORI, *Siamo davvero liberi?*, Codice Edizioni, Padova, 2010, p. 21 ss.

³⁵ Punto messo a fuoco da M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un cammino o una riscoperta?*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Giappichelli, Padova, 2013, p.80; Cfr. A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p.530.

³⁶ S. MORSE, *Determinism and the Death of Folk Psychology: Two Challenges to Responsibility from Neuroscience*, in 9 *Minn. J.L. Sci & Tech.*, 2008, p. 4., secondo la quale il diritto presuppone una visione della persona e del comportamento derivate dalla psicologia del senso comune.

³⁷ S. MORSE, *Lost in Translation? An Essay on Law and Neuroscience*, 2010, pp. 534 -535. Sul punto si veda anche A. LAVAZZA - L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello*, Codice Edizioni, Torino, 2012, pp. 114 - 115.

Tale dialogo tra norma e scienza interessa sia gli aspetti sostanziali che quelli propriamente processuali, partendo dall'assunto per cui il diritto penale, da un punto di vista strutturale, non si pone come un sistema autoreferenziale³⁸ e finito ma, come anticipato in premessa, aperto ai c.d. flussi giuridici comprensivi anche di saperi empirici e scientifici.

Tuttavia, è necessario vagliare i parametri del sapere a cui il diritto si confà, onde evitare il rischio che il sapere extra giuridico, alla stregua di un cavallo di Troia³⁹, finisca col trasformare il dettato normativo portandolo lontano dal significato suo proprio.

La contaminazione di due epistemologie diverse comporta la difficoltà di discernere tra saperi esterni al diritto.

Cerchiamo di indagare sui possibili risvolti negativi che una siffatta combinazione potrebbe comportare: dapprima, le preoccupazioni rispetto all'ingresso nelle aule dei tribunali di quella scienza di grado inferiore, la c.d. scienza spazzatura; successivamente, la mancanza di competenze possedute dal giudice nell'analisi del sapere di cui questa nuova branca si farebbe portavoce e la cui *mala gestio* potrebbe portare dei risultati non utili in una ottica processuale. A ciò devono, tuttavia, aggiungersi, in una ottica di favore, le possibili implicazioni che la stessa potrebbe comportare.

In primo luogo, lungi dal costituire un fattore di rischio e, dunque, di mancato consenso della popolazione, l'utilizzo di tali tecniche potrebbe portare ad una maggiore trasparenza delle decisioni⁴⁰ della macchina giudiziaria; altresì, destituite di fondamento, sarebbero quelle argomentazioni che vedrebbero nell'utilizzo delle neuroscienze al sistema giuridico una miscellanea di saperi contrapposti e per nulla confacenti.

In realtà questa ultima obiezione può essere superata, come argomentato in letteratura, ritenendo che i saperi diversi o altri non hanno in sé la forza di soppiantare la valutazione normativa, ma si limitano invece a fornire alla stessa una base maggiormente solida⁴¹.

A tal proposito, si sottolinea da parte di alcuni autori la natura descrittiva delle neuroscienze e non esplicative, essendo la stessa finalizzata a scoprire le correlazioni tra funzioni cerebrali e comportamento⁴².

³⁸ Per una visione completa del diritto come sistema relativamente autoreferenziale si vd. I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cortina Raffaello, Padova, 2013.

³⁹ A. CORDA, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in *Criminalia*, 2012, p. 498.

⁴⁰ T. L. MEARES, *Three objections to the Use of the Empiricism in Criminal Law and Procedure. And Three Answers*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2002, pp. 853 – 857.

⁴¹ T. L. MEARES, *ivi*, pp. 866 – 873.

⁴² M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?* (a cura di) A. SANTOSUOSSO, *Le neuroscienze e il diritto*, in *Criminalia*, Pavia, 2009, 121-140;

5. La colpevolezza

Il diritto penale è retto dal principio di soggettività del fatto, in virtù del quale, per la sussistenza di un reato, non è sufficiente che il soggetto abbia posto in essere un fatto antisociale, materiale ed offensivo, ma occorre altresì la sussistenza di un legame psicologico tra l'agente ed il fatto commesso. La colpevolezza è venuta ad imporsi, quale imprescindibile principio di civiltà giuridica, accanto al fatto materiale, in guisa da riaffermare una sempre maggiore preponderanza per una imputazione di carattere soggettivo e per il rigetto di una responsabilità penale nei casi di impossibilità del soggetto di signoreggiare gli eventi⁴³.

Essa rappresenta un imprescindibile fondamento avente la funzione di delimitare l'area del penalmente rilevante, nonché costituire il presupposto necessario per l'applicabilità della pena. L'articolo 27 della Costituzione, difatti, sancisce il principio della personalità della responsabilità penale. Tale norma, di indubbia rilevanza, impone una delimitazione del campo di applicazione: in primo luogo, l'affermazione della responsabilità penale come personale mostra l'intento dei costituenti di escludere ipotesi di responsabilità per fatto altrui, non solo non in linea con il dettato costituzionale, ma al contempo in contrasto con i principi sui quali si regge l'intero ordinamento. D'altra parte, all'indomani della sentenza n. 364 del 1988, il significato di colpevolezza normativa impone una revisione del concetto stesso, non più come mero giudizio di responsabilità penale personale, ma quale rimproverabilità soggettiva per il fatto commesso.

La colpevolezza, dunque, rappresenta il fondamento per l'applicazione di una pena⁴⁴; è sinonimo di reità sulla base del senso accolto dall'art. 111 co. 4 Cost. e dall'art. 273 c.p.p., in cui l'espressione colpevolezza viene utilizzata per indicare la responsabilità di un soggetto rispetto alla commissione del fatto tipico. Invero, essa rappresenta le condizioni psicologiche che consentono l'imputazione personale del fatto di reato all'agente. La ratio di tale principio è da rinvenirsi nella esigenza di garanzia, ossia il privato può liberamente scegliere di porre in essere delle azioni, da esso stesso controllabili, e, per ciò solo, a lui imputabili. In tale accezione, la colpevolezza ha rappresentato un momento di grande importanza in ordine al passaggio da una responsabilità di tipo oggettivo ad una

⁴³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, XVI edizione, pp. 246 ss. (a cura di) L.CONTI. Si vd. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2018; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2017;

⁴⁴ A. MORO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bari, 1978, pp. 121 e 106-107, delinea il concetto di colpevolezza come un "processo di libertà per cui ogni condotta non può essere doverosa e non può essere illecita se, come ogni atto umano, non sia espressione di libertà, non rappresenta cioè l'infinito volere nel concreto voluto e dà a questo il crisma di quella libertà infinita responsabile".

forma di responsabilità incentrata sulla valutazione del rapporto tra l'autore e il fatto.

In altri termini, tale principio rappresenta il fondamento e il limite della potestà punitiva⁴⁵ nonché un canone di graduazione della pena⁴⁶ permettendo, da un lato, di delimitare la responsabilità penale ricollegandola alle condotte rientranti nella sfera di controllo del soggetto e, dall'altra parte, di commisurare il *quantum* della pena in riferimento al disvalore del fatto⁴⁷. La colpevolezza, dunque, rappresentando il momento psicologico dell'autore con il fatto, quale azione tipica e antiggiuridica, indica il momento conclusivo dell'illecito penale.

La colpevolezza è un istituto di diritto penale sostanziale: anche se in nessuna norma del codice penale viene utilizzato tale termine, essa rappresenta il presupposto di numerosi istituti: la capacità di intendere e volere (art. 85 c.p.) e l'elemento psicologico del reato (art. 43 c.p.).

5.1 La concezione psicologica della colpevolezza

La concezione psicologica della colpevolezza trae il suo presupposto ideologico nel principio di egualitarismo, preponderante nel XIX secolo sino ai primi decenni del XX secolo, ed è manifestamente influenzata dal liberalismo dominante nel secondo Ottocento. Tale substrato faceva leva sulla concezione per cui tutti gli uomini sono uguali, hanno tutti le medesime possibilità di rispettare le norme giuridiche, non essendo per nulla rilevante quanto o come le diverse spinte interiori possano ripercuotere i propri effetti sull'agire umano.

Tale concezione sottraeva al *dictat* del giudice quella sfera interiore, cangiante e mutevole dell'uomo, partendo dall'assunto della assoluta irrilevanza dei turbamenti e della parificazione nella comprensione e nel discernimento delle singole norme giuridiche. La colpevolezza si identifica con il rapporto psichico tra l'autore e l'evento criminoso, in modo da determinare quello che viene definito "rapporto soggettivo tra fatto e autore"⁴⁸. Secondo questo orientamento il fatto è colpevole quando l'autore lo ha previsto e voluto oppure quando, pur non avendolo previsto e voluto, lo avrebbe potuto prevedere e, quindi, evitarlo utilizzando la normale diligenza o prudenza⁴⁹. La ratio che si rinviene nel concetto di colpevolezza - inteso in questi termini - si deve alla *voluntas* di correggere gli squilibri determinati dall'imputazione morale, cercando di collegare la responsabilità ad un fatto dannoso concreto che sia il risultato della volontà dell'autore.

⁴⁵ Sul concetto di potestà punitiva cfr. A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁴⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale.*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, pp. 772 ss.

⁴⁷ T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 803.

⁴⁸ LISZT – SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, in *Enc. Giur.* Giuffrè, Milano, VII, 1960, p. 649.

⁴⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, pp. 772 ss.

Questa dimensione permetteva di allontanarsi dal paradigma della imputazione morale e del conseguente abuso della pena, facendo sì che quest'ultima corrispondesse ad una funzione di retribuzione del singolo fatto delittuoso secondo un parametro oggettivo rappresentato dalla sua gravità.

Lo schema dommatico di tale formulazione è delineato dalla teoria del *Tatbestand* e dal concetto naturalistico enunciato da Beling: l'azione acquista la rilevanza della tipicità nel suo aspetto oggettivo per la forza causale nella produzione di un evento e il contenuto della volontà viene tenuto distinto da essa e costituisce la colpevolezza in contrapposizione con il concetto di *Tatbestand*⁵⁰. Secondo quest'ultimo, la colpevolezza consiste nel rapporto psicologico dell'autore con il fatto, quale azione antiggiuridica ed estranea alla tipicità del fatto.

Vero è che la lettura della concezione psicologica consentirebbe di attribuire nella ricostruzione dell'illecito penale un ruolo preponderante al fatto, inteso nella sua oggettività; la colpevolezza, dunque, non influirebbe sulla gradazione della pena. Non può, tuttavia, tacersi delle inevitabili conseguenze che una siffatta visione comporterebbe: ancorare ad un dato oggettivo il danno è senz'altro un limite alla punizione di fatti non lesivi di diritti e, così facendo, si imprimerebbe una limitazione nella commisurazione della pena.

In questa prospettiva, la colpevolezza, intesa come nesso psichico, è uguale per tutti i fatti e non può valere come criterio di gradazione della stessa: essa fonda ma non gradua la responsabilità. Si porrebbe, dunque, come un concetto di genere tale da ricomprendere sia il dolo che la colpa, ma, in concreto, si finirebbe nella impossibilità di un accorpamento reale dei due criteri di imputazione: il dolo, quale entità psicologica reale (coscienza e volontà), e la colpa, al contrario, come entità meramente potenziale (prevedibilità). In secondo luogo, la mancata gradazione finirebbe per non tener conto dei motivi dell'agire che assumerebbero rilevanza nella valutazione dell'*an* e del *quantum* della pena.

5.2 La concezione normativa della colpevolezza

Sulle obiezioni mosse alla concezione psicologica si sviluppa la concezione normativa della colpevolezza: essa non ha una dimensione psichica ma normativa, che si esprime mediante il distanziamento del soggetto rispetto al comando contenuto e cristallizzato in una norma giuridica. In altri termini, secondo la concezione normativa, si parlerebbe di fatto quando è stato voluto ciò che non si doveva volere, mentre si è in presenza di un fatto colposo quando non si è previsto ciò che si doveva prevedere⁵¹. Tale concezione soddisfa esigenze di carattere pratico derivate dal diritto penale e, in particolare, causate dalla

⁵⁰ E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, in *Enc. Giur.*, Milano, VII edizione, 1960, p. 651.

⁵¹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 328 ss.

progressiva crisi dell'impostazione retributiva verbale – liberale connessa ad una dimensione oggettiva del fatto commesso.

L'introduzione di questa nuova concezione consente di introdurre all'interno del processo di motivazione del giudice quell'insieme di circostanze legate all'agire umano, tanto da costruire quel fatto doloso o colposo attraverso un denominatore comune, ossia l'atteggiamento anti-doveroso della volontà, *rectius* un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà⁵². Il fondamento viene individuato nella contrarietà ad un dovere giuridico o extra giuridico: la colpevolezza, invero, consiste in un giudizio di rimprovero mosso dall'ordinamento nei confronti del reo per il fatto commesso⁵³.

Sul significato da attribuire al concetto normativo di colpevolezza sono state avanzate diverse tesi: un primo orientamento, qualificava il dovere di rispettare e conformarsi ad un precetto come un elemento normativo; un secondo orientamento, maggiormente sostanzialista⁵⁴, riteneva che la concezione normativa si sarebbe risolta in un giudizio di rimproverabilità e, dunque, in una valutazione negativa compiuta dall'ordinamento nei confronti dell'autore del reato. Tale posizione, sicuramente, ha il pregio di ridurre in maniera netta le difficoltà derivanti dall'individuazione di un concetto unitario di colpevolezza, in modo da farvi rientrare, indistintamente, sia il dolo che la colpa⁵⁵.

Tradizionalmente, si attribuisce all'opera di Frank il merito di aver contribuito a rendere necessario e doveroso un rinnovamento rispetto alla concezione psicologica del concetto di colpevolezza. Proprio in contemporanea con lo sviluppo di tale teoria, il Frank elaborò quella che può essere definita come la prima e autentica formulazione del concetto normativo di colpevolezza. Quest'ultimo parte dall'assunto per cui per un fatto commesso con il medesimo elemento psicologico può soggiacere ad un diverso trattamento sanzionatorio. Nello specifico, si fa riferimento a quelle circostanze che, accompagnando l'azione tipica, nella loro funzione propria di elementi accidentali, potrebbero comportare un mutamento della cornice edittale ovvero costituire il fondamento ai fini dell'attribuibilità del fatto stesso⁵⁶.

⁵² T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1973, p. 566. Sul punto si vd. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999.

⁵³ La letteratura presente sul tema in oggetto è molto ampia. Si vd. sul punto G. DELITALIA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930, p. 83 e ss; L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Humus, Napoli, 1948, p. 9; G. BETTIOL, *Il problema penale*, in *Scritti Giuridici*, Tomo II, Padova, 1966, pp. 687 ss; D. SANTAMARIA, *voce Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, pp. 646 ss; R. VENDITI, *voce Colpevolezza*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, Torino, 1967, pp. 554 ss; P. NUOVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 554 ss.

⁵⁴ G. CARUSO, *La discrezionalità penale tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Cedam, Padova, 2009 cit. p. 266.

⁵⁵ B. PETRUCELLI, *La colpevolezza*, Cedam, Padova, 1962, p. 4; ID., *La concezione normativa della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, pp. 21 ss.

⁵⁶ Si fa riferimento al concetto di imputabilità di cui all'art. 85 c.p., da intendersi quale presupposto della responsabilità per la pena e come criterio minimo della capacità di libera autodeterminazione umana.

Analizzando nello specifico tale visione, l'autore⁵⁷ ritiene che il concetto di colpevolezza si erga su un tritico costituito dalla imputabilità, dal dolo e dalla colpa e dalle circostanze entro cui l'autore agisce. Si deve all'autore l'utilizzo per la prima volta di concetti quali riprovevolezza o rimproverabilità, utilizzati per designare il divieto di quella condotta, o meglio il rimprovero per averla commessa. In tal modo, si va a stigmatizzare un concetto di colpevolezza come giudizio di relazione con la norma che impone una valutazione non più retta sulla base del mero elemento psicologico, ma includendo e, dunque, estendendo, il raggio d'azione sino a ricomprendervi la forza del vincolo normativo e l'efficacia della pretesa normativa.

Se spostiamo l'attenzione sulla colpevolezza quale disobbedienza ad un precetto, allora dobbiamo necessariamente prendere in considerazione le possibili conseguenze che ne derivano. La colpevolezza, secondo Goldschmidt, è "la relazione modale in cui sta il dato psicologico, vale a dire la motivazione, con la misura di valore prestabilita"⁵⁸. Questa precisazione avrebbe estromesso il fattore psicologico dalla definizione del concetto di colpevolezza. Sulla base della definizione data precedentemente - per cui la colpevolezza diviene in concreto la difformità tra la volontà e la norma giuridica, nel senso che la volontà non avrebbe dovuto formarsi in tal modo perché ben poteva costruirsi in maniera corretta - ne deriva che il dolo non è elemento della colpevolezza, quanto oggetto della stessa.

Sulla scorta dei sostanzialisti, invece, la concezione normativa della colpevolezza si fonderebbe su un giudizio di rimprovero, essendo un vero e proprio giudizio di disvalore⁵⁹ compiuto dall'ordinamento sulla personalità del soggetto agente: ciò a dire che il soggetto ben poteva rispettare la norma⁶⁰.

Il concetto di imputabilità muta al cospetto della diversa qualificazione attribuita alla colpevolezza. Propendere per una concezione psicologica della colpevolezza significa ammettere che il non imputabile possa determinarsi agli stati psichici del dolo e della colpa, dunque la colpevolezza sarebbe ammissibile anche in assenza di imputabilità, sulla base di una *factio iuris* che presupporrebbe la stessa insita nel dolo e nella colpa. Viceversa i sostenitori della concezione normativa della colpevolezza inquadrano la imputabilità come suo presupposto assenso inconcepibile la colpevolezza senza imputabilità: per poter rimproverare ad una volontà di non essere stata diversa, la stessa deve necessariamente formarsi in un soggetto capace di intendere e volere.

⁵⁷ R. FRANK, *Über den aufbau des schuldbegriffs*, in Giebener – FS, De-G, 1907, p. 518.

⁵⁸ J. GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuldbegriff*, in *Enc. Giur.*, Milano, VII, 1960, p. 655.

⁵⁹ Tale impostazione risale al W. GALLAS, *Sullo Stato attuale della dottrina del reato*, in G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, Cedam, Padova, 2009 p. 274, in cui l'autore sosteneva che il giudizio di colpevolezza fosse incentrato sulla *Gesinnung* dalla quale ha avuto origine la decisione del fatto: in questa ottica ciò viene rimproverato è sempre il fatto e non la *Gesinnung* in sé per sé; nondimeno il fatto riceve il proprio contenuto dall'atteggiamento interiore da cui trae le origini. In Italia, G. BETTIOL, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1982, p. 389, il quale considerava la colpevolezza in senso normativo identificandola con un giudizio di disapprovazione etico-giuridico per l'atto compiuto: lo stesso definì la colpevolezza quale anti doverosità dell'atto di volontà che sta alla radice del reato e non volontarietà dell'atto costitutivo".

⁶⁰ Tra i molti cfr. H. JESCHECK in B. JAHNKE, H.W. LAUFHUTTE, W. ODESKY (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grobkommentar*, 11. Aufl., Berlin – New York, 1922.

6. I concetti di dolo e colpa alla luce delle neuroscienze

Una ripercussione che l'approccio neuroscientifico potrebbe comportare sulle categorie⁶¹ di base del diritto penale è sicuramente quella attinente al concetto giuridico di colpevolezza, avuto specifico riguardo all'elemento soggettivo del reato.

Nel significato attribuito dalla dottrina penalistica tradizionale, il concetto di colpevolezza, come sopra definito, si riferisce al nesso psichico che unisce il fatto all'autore nella forma del dolo e della colpa. Questa concezione psicologica ancora la sussistenza del fatto colpevole al fatto che l'autore l'abbia previsto e voluto. Il presupposto da cui muoveva questa concezione era rappresentato dal fatto che, essendo tutti gli uomini uguali, tutti hanno avuto le medesime possibilità di rispettare il comando di legge, non includendovi all'interno alcuna dimensione morale che attenesse alla sfera personale non sindacabile dal giudice in sede di giudizio. Tuttavia, risultano evidenti i limiti di un tale approccio derivanti dalla impossibilità di gradare il fatto alla parte emotiva del singolo⁶² e, ancor di più, alla capacità del concetto generico di colpevolezza, di comprendere gli elementi del dolo e della colpa; se solo ci soffermassimo sul versante della colpa, essa sarebbe il risultato di una costruzione normativa in cui l'elemento psicologico si ridurrebbe al solo dato della prevedibilità.

Un passo in avanti si è avuto con l'affermarsi di una concezione normativa⁶³ che non consistesse più nel solo passaggio psicologico, ma anche nella divergenza di questo processo dalla volontà espressa nella norma giuridica⁶⁴. Si allargano, dunque, le maglie della colpevolezza facendovi rientrare il dolo e la colpa: nel primo, si è voluto ciò che non doveva volersi e, nel secondo, non si è previsto ciò che si doveva prevedere. Il presupposto, dunque, di un giudizio di rimproverabilità è la conferma che l'autore abbia avuto la possibilità di tenere un comportamento conforme al precetto, pur essendovi la possibilità di

⁶¹ Per ulteriori approfondimenti sull'interrelazione tra scienza e diritto, si vd. M. B. MAGRO, *Scienze e scienza penale. L'integrazione tra saperi incommensurabili nella ricerca di un linguaggio comune*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2019.

⁶² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009. Si vd. anche *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in *Diritto penale e neuroetica* (a cura di) O. DI GIOVINE, Cedam, Padova 2013.

⁶³ L'origine della concezione normativa si attribuisce all'opera di Frank, il quale aveva messo in luce come nel concetto giuridico di colpevolezza subentrassero fattori "altri" come le normali circostanze concomitanti in cui si è formata la violazione della norma d'obbligo.

⁶⁴ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel Diritto, Bari, 2018/2019, p. 773 ss.

agire diversamente⁶⁵ (concetto di autodeterminazione in mancanza di costrizioni⁶⁶).

Secondo l'impostazione tradizionale, il dolo rappresenta l'unica e autentica manifestazione di volontà colpevole⁶⁷; esso costituisce la forma più grave di colpevolezza ed il normale criterio di imputazione soggettivo come stabilita dall'articolo 42, co. 2, secondo il quale «nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge».

La volontà e la previsione dell'evento caratterizzano il requisito psicologico del delitto doloso: ma di quale volontà parliamo? Il codice penale adotta una definizione di dolo coincidente con l'intenzione di compiere quella determinata azione, da cui la legge fa dipendere l'esistenza del reato, nonché prevederla come conseguenza della propria condotta (art. 43 c.p.).

Parliamo di elemento soggettivo di colpevolezza, ma questa concezione quanto è effettivamente di tipo soggettivo? Noi siamo soliti rilevarla non sulla base di elementi che sono tipici della psicologia cognitiva (la motivazione, gli stati d'animo, i pensieri) ma andiamo a trasformare dei concetti, che diciamo essere soggettivi in quanto riferibili all'agente dal punto di vista psicologico, in concetti normativi mediante un ragionamento oggettivo. Ancor di più, al cospetto della colpa, si parametrizza la condotta del soggetto agente alla capacità dell'uomo medio, stante la impossibilità di accertare empiricamente la reale possibilità di agire diversamente⁶⁸. Ebbene, qui comincia ad intravedersi il diverso modo di dialogare della scienza e del diritto: i giuristi sono abituati a ragionare di dolo in termini di psicologia del senso comune, prevedendo il prototipo dell'agente razionale, situato in una condizione tale da consentire una giusta ponderazione di vantaggi e svantaggi delle sue decisioni (sul punto, le formule di Frank «se io avessi previsto tutto questo») sino al compimento del fatto anti-giuridico⁶⁹. Tuttavia, il modo di pensare degli psicologi è del tutto differente, ancor più se partiamo dagli studi di Libet, esaminati in precedenza, arrivando alla valutazione finale per cui le nostre decisioni possono essere assunte volontariamente, ma che la coscienza delle stesse avviene solo in un momento secondario.

Numerosi spunti in relazione alle potenzialità delle neuroscienze al cospetto dell'elemento soggettivo della colpa sono ricavabili dalla

⁶⁵Sul punto si vd. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, 1986, 40.

⁶⁶SS.UU Cass., 8 marzo 2005, n. 9163

⁶⁷C. F. GROSSO, *Dolo (dir. pen)*, in *Enc. Giur.*, XII, 1989; Si veda M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Giuffrè, Milano, 1953; ID., voce *Dolo (dir. pen)*, in *Enc. Dir.*, 750.

⁶⁸C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., p. 269.

⁶⁹O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro)-scienze?*, Giappichelli, Torino, 2019.

giurisprudenza di merito⁷⁰ in un caso in cui il soggetto, affetto da disturbo psichico sindrome del lobo frontale, viene assolto dall'accusa di omicidio volontario rubricato in colposo per effetto delle intervenute incertezze in ordine ai profili spiccatamente soggettivi del reato attribuitele.

Giova, in tale sede rilevare come il giudice abbia motivato sul versante soggettivo, riconoscendo la possibile incidenza dei deficit mentali - di cui la stessa era affetta - sull'evento in concreto realizzatosi, in quanto la stessa avrebbe potuto non essere in grado di rappresentarsi la situazione di rischio per il nascituro connessa al parto imminente.

Ci immettiamo in una soggettivizzazione del giudizio di colpevolezza⁷¹ attraverso la scomposizione degli elementi da cui bisognerebbe partire per una imputazione in tal senso. Si tratterebbe, in particolare, della riconoscibilità del pericolo da parte del soggetto agente, della conoscibilità della regola cautelare e della possibilità di ottemperare al *dictum* normativo. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto sussistere dubbi sulla effettiva capacità di rappresentazione della realtà, non potendo del tutto ritenersi con certezza che ella avrebbe saputo rappresentare a sé stessa una possibilità di richiedere immediato aiuto al fine di tutelare la vita del nascituro.

In dottrina⁷², sono stati riportati alcuni elementi da tenere in considerazione al fine di valutare l'entità della pena e/o il modo in cui gli stessi incidono come scusanti nella riconoscibilità del rischio specifico. Accanto a fattori quali lo spavento, l'ansia, la fretta sono state riportate alcune caratteristiche individuali il cui esito sarebbe quello di comportare una minor prontezza alle capacità medie di un soggetto, quali ad esempio l'inesperienza, un deficit culturale o sociale. Si pensi agli errori commessi dall'operato di un medico, appena entrato in servizio in un nuovo reparto, le cui situazioni soggettive non sono standardizzabili (come quelle del medico specializzando), delle quali si terrebbe in sede di tipicità soggettiva nella ricostruzione dell'agente modello di livello inferiore per escludere la violazione della regola cautelare. Se, dunque, riteniamo che la presenza di una tale caratteristica possa essere in grado di compromettere la misura soggettiva della colpa, riducendola drasticamente, ci si chiede come al cospetto di patologie che incidono in modo preponderante sulla psiche del soggetto, ossia sulla capacità di intendere e di volere, non si debba *in toto* ritenere inesistente? Nel caso di specie, ci troveremmo davanti – come riferito sulla base delle indagini neuroscientifiche – ad un soggetto imputabile ma non

⁷⁰ Corte d'Assise di Treviso, 20 novembre 2007, Favaro, proc. pen. 3680/2006.

⁷¹ Sul punto D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, cit., 183 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1723 ss.

⁷² D. CASTRONUOVO, *ivi*, cit., 1733.

colpevolmente in colpa⁷³, espressione utilizzata in dottrina che rappresenta in modo emblematico il corto circuito mente - cervello.

Sul punto, difatti, la Corte d'appello di Venezia ha assolto l'imputata per insussistenza dell'elemento soggettivo a causa della dirompente incidenza che il deficit mentale ha avuto sulla capacità rappresentativa dell'evento in concreto realizzatosi⁷⁴.

Accanto alla non volontà di porre in essere l'evento e all'inottemperanza della regola cautelare, perché si possa ricadere nel versante penalistico della colpa è necessario che sussista un altro elemento, ossia la riferibilità del fatto all'autore.

Sul piano dogmatico, difatti, l'imputabilità del fatto al soggetto informa la cultura della responsabilità penale personale stabilendo la possibilità effettiva di agire diversamente⁷⁵; siamo nell'ambito della esigibilità di un determinato comportamento. Tale previsione viene effettuata sulla base di un giudizio ex ante, utilizzando un parametro di riferimento di carattere oggettivo. Tale valutazione è, in effetti, una sorta di soggettivizzazione della colpa tale da mutare in relazione alla specificità del caso concreto: si valuterà la misura della diligenza in relazione alla figura ideale designata per ogni specifico settore⁷⁶; non sono mancate in dottrina delle discussioni sulle quali vagliare la c.d. dosimetria della colpa, ossia stabilire in concreto la misura della diligenza richiesta.

Le opinioni sulla colpa sono variegate. Dapprima si è cercato di ricondurre il modello di riferimento a quello del *bonus pater familias*, essendo alla stessa figura sottesa l'esigenza di un bilanciamento del principio di colpevolezza e dei beni giuridici coinvolti; tuttavia, tale parametro è stato da molti criticato perché si rischierebbe di far dipendere il giudizio sulla diligenza dalle intuizioni emotive⁷⁷ del giudice andando in contro ad una maggiore discrezionalità dello stesso.

⁷³ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in AA.VV., *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico*, cit., 183 ss. e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 556 ss.

⁷⁴ Sul punto cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., pp. 269 ss. Per una dettagliata esposizione del caso sottoposto alla attenzione dei giudici si vd. pp. 214 ss.

⁷⁵ Sul tema è necessario un riferimento alla giurista penalista A. MERKEL e al neuroscienziato F. ROTH, in *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in AA.VV., *Entmoralisierung des Rechts*. quali nel formulare delle proposte di politica criminale hanno ritenuto che la stessa responsabilità penale debba fondarsi sulla possibilità di agire diversamente: venendo di fatto a mancare in tutte le ipotesi in cui ciò non sarebbe possibile. Tuttavia tale dibattito fortemente avvertito dai deterministi che sostenevamo come sia concretamente insostenibile tale formulazione, in quanto riportandosi agli studi di Libet dimostravano come ogni decisione di agire o di non agire sarebbe inconscia, sicché la causalità della volontà umana sarebbe solamente illusoria.

⁷⁷ Per una lettura del diritto penale alla luce delle emozioni si vd. O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico. Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, Torino, 2009.

Si era fatta strada la possibilità di vagliare il parametro oggettivo della colpa a quello dell'agente modello, ossia all'uomo giudizioso *eiusdem professionis et condicionis*.

Tale figura, che si proponeva essere una rilettura in positivo rispetto al vecchio modello, si è, nei fatti, mostrata come una chiara valutazione in concreto del criterio del buon padre di famiglia.

Altra dottrina ha, infine, proposto di far riferimento all'uomo più esperto, ossia alla migliore scienza ed esperienza umana; tale indirizzo non è andato esente da critiche nella parte in cui un accertamento di carattere meramente oggettivistico, quale quello relativo alla migliore scienza ed esperienza, avrebbe eliso il principio di personalità e, in una prospettiva più ampia, quello di colpevolezza delineato dal nostro ordinamento.

Si è ritenuto di applicare tale meccanismo nella sola fase iniziale sull'indagine della colpa, dovendo necessariamente far seguire alla stessa una fase di ulteriore valutazione in chiave soggettiva; si è parlato, di proposito, della teoria della doppia misura⁷⁸. Nello specifico, tale misura – che ha avuto largo seguito in Germania – pur riscontrando pochi se non vani consensi nel nostro Paese, si baserebbe sulla valutazione della colpa alla stregua di un criterio prettamente oggettivo cui seguirebbe un accertamento di natura soggettiva inerente le capacità individuali del singolo.

Soffermiamoci, tuttavia, sulle ricostruzioni critiche mosse a tale teoria, condivisibili, d'altra parte, sulla base di argomentazioni di carattere logico applicative. In primo luogo, si è sostenuto che l'affermazione di un giudizio bifasico costituirebbe nei fatti una duplicazione inutile essendo le circostanze personali del singolo soggetto (handicap fisico, scarso livello di specializzazione professionale) già insite nel dovere di diligenza; in secondo luogo, si è sostenuto che un ampliamento della colpa personalizzata avrebbe di fatto svuotato di contenuto la colpa base e paventato il rischio di una ricostruzione della stessa in termini di colpa d'autore ovvero in termini di responsabilità oggettiva.

Sul tema della necessaria configurazione del paradigma oggettivistico intorno a cui muovere un addebito per colpa, si fa riferimento ad un caso giurisprudenziale avente ad oggetto un procedimento per omicidio colposo derivante da omicidio stradale⁷⁹. Elemento cardine del procedimento *de qua* è stata la valutazione del tempo necessario ad evitare l'ostacolo in concreto verificatosi. La difesa lamentava una eccessiva oggettivizzazione del criterio in virtù del quale era stata effettuata la diagnosi delle tempistiche, modalità e

⁷⁸ In questo senso, G. V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" tra dottrina e giurisprudenza: dogmatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, p. 193.

⁷⁹ L. SAMMICHELI – G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Riv. dir. pen. cont.* 2/2015, cit., 283 ss. Per una compiuta ricostruzione del caso si vd. anche C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2016, cit., pp. 273 ss.

caratteristiche salienti dell'incidente; in particolare, la consulenza affidata agli esperti aveva come finalità quella di dimostrare che il rispetto del tempo di reazione medio, quale quello dell'agente modello, non poteva in concreto applicarsi.

Il soggetto era affetto da patologie neurologiche che non consentivano di poter richiedere le medesime abilità e capacità reattive riscontrate nei parametri oggettivi utilizzati: mediante l'utilizzo di tecniche di carattere neuroscientifico, quali l'utilizzo dei Potenziali Cerebrali Evento Correlati- ERP'S, veniva dato un giudizio veritiero sulla capacità dell'imputato alla stregua dei traumi cranici dallo stesso subito in precedenza.

L'esito cui si perveniva era quello di non poter richiedere una condotta diversa, ossia la condotta che ci si attendeva sulla base delle regole giuridiche, non era in concreto esigibile né a lui imputabile la consequenziale inosservanza.

7. Un diritto penale d'autore o un diritto penale del fatto

I diversi approcci e le metodologie trattate insinuano, involontariamente, dei dubbi. Abbiamo già accennato in premessa alla possibilità di una riformulazione dell'intero paradigma penalistico al cospetto delle neuroscienze; nello specifico intendiamo riferirci alla possibilità, di fronte ai vantaggi che potrebbero derivare dall'utilizzo di un metodo neuroscientifico nell'ambito giudiziario, di una (non auspicabile, seppure possibile) estremizzazione di tali tecniche.

In un articolo comparso sul New York Times veniva attenzionata la possibilità di dar luogo ad un processo sul cervello⁸⁰ in cui verrebbero giudicati colpevoli, *rectius* potenziali colpevoli, quei soggetti le cui alterazioni neuronali derivanti da una psicopatologia siano compatibili con una condotta violenta, pur non ancora concretizzatasi. Il punto cruciale è analizzare, alla luce del diritto, quei comportamenti che rientrerebbero nella neuroetica. Solitamente nell'esaminare quelli che sono i comportamenti che con maggior frequenza rappresentano indici criminogenetici si fa riferimento all'abuso infantile, all'identificazione con l'aggressore, all'associazione differenziale (derivante dalla lesione della corteccia prefrontale) e così discorrendo. Orbene, dato che le azioni corrispondono alla persona che le pone in essere e se riteniamo di non essere solo il nostro cervello ma l'intero pacchetto, tocca chiedersi se non si va incontro a quello che definiamo un diritto penale d'autore⁸¹.

⁸⁰ G. SARTORI – A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016/4, pp. 700. Espressione ripresa da un articolo pubblicato sul New York Times da Rosen, 2007.

⁸¹ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, in *Diritto penale e neuroetica*, (a cura di) O. DI GIOVINE, Cedam, Padova, 2013, pp. 28 ss.

E se valutassimo, effettivamente, il soggetto per quello che è? Ciò indurrebbe, per altro, a ritenere che l'atto compiuto da parte dello schizofrenico, demente o paranoico, non debba essere qualificato quale atto responsabile, ma imporrebbe di effettuare una distinzione tra malattia di mente conclamata e modo di essere, non potendosi allo stesso modo ritenere che il cattivo abbia scelto di essere tale. È necessaria una gradazione che ci consenta di comprendere fin dove è frutto di una scelta cosciente e a partire da dove diviene un impulso incosciente. Ciò rileva nelle aule giudiziarie in quanto alcuni disturbi non vengono considerati come idonei ad incidere sulla capacità di intendere e di volere; ci si troverà al cospetto di un soggetto che capisce quello che sta facendo, ma non per questo si può sostenere che abbia deliberatamente scelto di essere tale.

Le neuroscienze attraverso gli studi ci insegnano che alcune anomalie cerebrali influiscono sul comportamento posto in concreto. Sul punto, vi sono quelli che chiamiamo studi di genetica comportamentale che mostrano come il possesso di determinati dati genetici rappresentino un rischio, traducendosi in manifestazioni comportamentali esorbitanti. Tuttavia, non ci si può limitare ad una sommaria, per quanto approssimativa, assimilazione del disturbo psichico alla commissione del reato, essendo necessario una valutazione circa il momento causativo tra patologia e crimine.

La patologia mentale è il risultato di un sistema di concause interagenti di diversa natura, potendo le stesse essere biologiche, psicologiche ovvero sociali. La necessaria sussistenza di questo nesso e, ancor prima, di concause, impediscono a monte di poter ravvisare una determinazione univoca che comporti la commissione del fatto di reato. Si tratta di un sistema complesso che prevede una scomposizione: la presenza di un disturbo non è una causa sufficiente alla attribuzione psicologica del fatto di reato al soggetto o, per meglio dire, alla patologia, essendo necessario che il rapporto causativo esistente dimostri che il reato poteva spiegarsi solo sulla base della patologia presente, escludendo altri fattori causali alternativi. In altre parole, la sussistenza di una patologia è un incontestabile dato oggettivo in una valutazione sulla imputabilità del soggetto autore di reato, ma il fattore causale dovrà indagare su come tale patologia abbia e se abbia determinato una riduzione della capacità di autodeterminazione del soggetto. Emblematica sul punto è il caso di un pediatra accusato di molestie sessuali nei confronti di soggetti minori: lo psichiatra forense non intravedeva alcun vizio di mente per cui il soggetto si mostrava assolutamente sano. Tuttavia, mediante l'utilizzo di una tecnica di carattere neuroscientifico – nello specifico l'utilizzo di una TAC – ha posto in evidenza la presenza di una massa tumorale cerebrale. Dalla visione di questa massa posta in prossimità dell'ipotalamo si evinceva una compressione dello stesso che, secondo i consulenti tecnici di parte, aveva una idoneità causativa rispetto al fatto

addebitatogli. Si evince, dunque, in tal modo la duplice forza dell'utilizzo delle tecniche neuroscientifiche: una base solida e soggettivizzata da porre a base del giudizio e una forza mitigatrice nella fase del *decision-making* che potrebbe comportare un allargamento delle maglie della irresponsabilità penale.

Altro dato da non sottovalutare, ma di spiccata rilevanza sono gli errori che deriverebbero, nella fase di indagine sul fatto di reato, da una stortura nella interpretazione dei risultati scientifici e che non tenga debitamente conto della concezione bio – psico – sociale del comportamento⁸². L'ambiente in cui il soggetto è inserito gioca un ruolo rilevante se si considera che gli stimoli che provengono dallo stesso potrebbero innescare quelle c.d. azioni – reazioni presenti, soprattutto, in quei reati causati dalle reazioni a corto circuito in cui non assumerebbe rilevanza un interesse personale o economico, ma semplicemente la tentazione che nasce dall'esterno di compiere azioni aggressive⁸³.

Le numerose ricerche effettuate mediante le tecniche delle neuro immagini hanno, altresì, evidenziato che alcuni soggetti affetti, ad esempio, da disturbi della personalità, presentano delle analogie dal punto di vista dei caratteri strutturali e funzionali, che indurrebbero a ritenere che ciò che fanno non è per colpa loro⁸⁴ ma perché sono fatti così. Si riprende la frase di Searle secondo cui «l'uomo è ciò che egli fa di quanto lo si è reso»⁸⁵. Tale intersezione tra responsabilità e diritto ha prestato il fianco a numerose osservazioni: taluni prospettano di aderire ad una dimensione storica della responsabilità secondo cui la persona è il prodotto di un insieme di fattori; pertanto nell'individuo, non può radicarsi una vera e propria forma di colpevolezza sia che sia malato sia che non lo sia⁸⁶; altri hanno ritenuto di aderire all'idea di una lotteria cosmica⁸⁷, in cui alla mancanza di colpe non vi possono essere cause.

Altra parte della dottrina⁸⁸, invece, ha ritenuto che se realmente potesse addebitarsi la colpa delle nostre azioni e, dunque, parlare effettivamente di una responsabilità sulla base del possesso di determinate caratteristiche, dovrebbe necessariamente allargarsi l'ambito delle cause di giustificazioni facendovi rientrare il c.d. fuori carattere, quale fattore eccezionale atto a spezzare il nesso di causalità.

⁸² Argomentano in tal senso efficacemente E. SIRGIOVANNI, G. CORBELLINI E C. CAPORALE, *Perché conviene essere realisti, tra neuroscienze e etica*, in *Giornale italiano di psicologia*, XIII 2016.

⁸³ G. SARTORI – A. ZANGROSSI, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016/4, pp. 700.

⁸⁴ M. GOODMAN – J. TRIEBWASSER – S. SHAH – A.S.- New, *Neuroimaging in personality disorderers: Current concepts, findings and implications*, in *Psychiatric Annals*, 2007, p. 37, pp. 100-108.

⁸⁵ G. GULLOTTA, *Trattato di psicologia giudiziario nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1987.

⁸⁶ G. WATSON, *La responsabilità e i limiti del male. Variazioni su un tema strawsoniano*, in *Responsabilità e diritto*, Milano, 2008, p. 51.

⁸⁷ A. M. HONORÈ, *Responsabilità e sorte. Le basi morali della responsabilità oggettiva*, in F. SANTONI DE SIO (a cura di), *Responsabilità e diritto*. Giuffrè, Milano, 2008, pp. 191-225.

⁸⁸ F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità e diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, p.16.

A ben pensare, il nostro codice penale contiene dei riferimenti in tal senso, laddove si prevedono delle circostanze aggravanti che fanno riferimento ad una serie di azioni per ciò che si fa. Altresì, il codice parla a norma dell'art. 133 c.p. del caso in cui il giudice, agli effetti della pena, tenga conto della gravità del reato prendendo in considerazione elementi come la capacità a delinquere del colpevole desunta dai motivi a delinquere e dal carattere del reo. Ancora, tracce di riferimenti codicistici ancorati alla personalità del reo, più che alle azioni, si rinvencono all'art. 108 c.p. ove si parli di indole particolarmente malvagia del colpevole e, dunque, si fa riferimento alla pericolosità sociale dell'individuo *ex* art. 203 c.p.. Tale modo di essere rileva, altresì, in ambito psicopatologico quale criterio discrezionale al fine della ammissibilità o meno di un disturbo da parte del soggetto agente, o per meglio dire, del conferimento da parte dello psichiatra forense del concetto di malattia. In tale sede, come mostrato da Fornari⁸⁹, è necessario valutare determinate condizioni come, ad esempio, la presenza di una situazione di stress psicofisico tale da comportare uno scompenso acuto; i postumi di forme di amnesia o dismnesia che abbiano comportato una limitazione se non una compromissione totale della coscienza attiva; un turbe affettivo ovvero una evidente frattura rispetto allo stile di vita del soggetto.

A voler considerare possibili (sebbene non condivisibili) tali interpretazioni è necessario analizzarne una portata integrale: ammettere una responsabilità per il modo di essere dell'agente⁹⁰ comporterebbe di fatto un fine pena mai, dal momento che ciò significherebbe, di fatto, un internamento a tempo indeterminato.

Qui s'intreccia, dunque, la necessità di salvaguardare quelli che sono i principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e i principi fondanti la natura della pena come stabilito dall'art. 27 Cost.⁹¹

Pur volendo aderire ad una siffatta impostazione si creerebbe un principio di disparità sociale in quanto una impostazione del diritto penale imperniata sulla colpa d'autore, finirebbe per qualificare come giustificabile e, dunque, scusabile colui che pone in essere una condotta antisociale pur essendo di norma un soggetto che non desti, per il suo *modus vivendi*, alcuna pericolosità sociale; d'altra parte, si arriverebbe a condannare un soggetto il cui carattere è violento o cattivo per il solo modo di essere e non per quello che in concreto si sarebbe

⁸⁹ U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, Cedam, Padova, VII edizione, 2019, pp. 187 ss.

⁹⁰ Nella dottrina tedesca, accanto alla colpa latamente intesa, si parla di colpa per il modo di essere dell'agente (*Taterschuld*), avente ad oggetto non il singolo fatto quanto le caratteristiche psichiche del reo, il suo stato soggettivo. Questa teoria comporterebbe un addebito all'agente per la sua inclinazione al delitto, ossia per la sua malvagità. Siffatta colpa giustificerebbe uno speciale aggravamento della pena, inteso in senso strettamente retributivo. Sul punto di vd. F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione (a cura di CONTI,) Giuffrè, Milano.

⁹¹ Sulla natura della pena si tornerà successivamente.

verificato/ avrebbe commesso. Tuttavia, tale teoria⁹², secondo un personale modo di vedere, non può essere seguita, in quanto dapprima necessiterebbe di dichiarare del tutto risolta la questione circa il libero arbitrio, ma, ancor più, necessiterebbe della possibilità da parte degli stessi soggetti di formarsi diversamente. Tale possibilità, in virtù della quale muovere un rimprovero, necessiterebbe della possibilità di distinguere i casi in cui l'uomo è in grado di superare gli aspetti intimi del suo carattere rispetto a quelli in cui il disturbo derivi dalla impossibilità dello stesso di risolvere anomalie bio – psichiche.

A tutto voler concedere, si sposterebbe semplicemente in avanti il problema, in quanto sarebbe delegato al giudice (impossibilitato sul punto) di discernere le ipotesi in cui il soggetto avrebbe avuto o meno la possibilità di formarsi diversamente⁹³. È un compito che il giudice potrebbe rispettare? È necessario, dal nostro punto di vista, indagare su un'altra possibile ragione che impedirebbe ad una siffatta concezione di estendersi a macchia d'olio: la natura della pretesa punitiva.

Lo Stato adotta provvedimenti restrittivi a carico dell'individuo allorquando lo stesso abbia violato l'obbligo penale, *rectius* il precetto, e l'inflizione di una pena (finalità retributiva) diviene indispensabile per ripristinare lo *status quo ante* a vantaggio della comunità sociale.

L'inflizione di una sanzione penale costituisce un *prius* logico⁹⁴ in tutti i casi in cui sussista il pericolo che l'individuo commetta dei fatti delittuosi. In nessuna delle ragioni indicate comparirebbe l'intima cattiveria, ossia la parte recondita e introspettiva del soggetto da utilizzare quale base per l'inflizione di una punizione⁹⁵.

8. La funzione della pena: un cambio di paradigma

Il discorso di cui sopra involge, necessariamente, una riflessione sulla funzione della pena e sulla sua evoluzione. Fra le funzioni della pena è da sempre annoverata quella general-preventiva o intimidativa; tale funzione è peculiare

⁹² E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, in *Zeitschrift*, v. 57, 1945, 688 ss., parla in proposito di colpa per la condotta di vita.

⁹³ J. K. WEZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, in *Zeitschrift*, v. 60, 1948, p. 428, definisce la colpa d'autore ponendosi sul piano della psicoanalisi e, dunque, qualificandola come mancato controllo delle superiori funzioni dell'Io sulla vita anteriore.

⁹⁴ Sul diritto penale come pretesa punitiva si veda, A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 88 ss., ove l'A. delinea il rapporto di precedenza logica tra pretesa punitiva e obbligo da una parte e pretesa punitiva e imputazione dall'altra.

⁹⁵ La ratio della colpa d'autore da molti è stato rintracciata nel mantenimento di quel sistema del c.d. "doppio binario": all'imputabilità corrisponde l'applicazione di una sanzione penale; alla pericolosità, invece, corrisponde una misura di sicurezza.

per il connotato psicologico che la contraddistingue. Questo approccio parte dall'assunto che sia la minaccia di una sanzione penale, applicata a seguito della violazione di un precetto, a distogliere la generalità dei consociati dal commettere un reato. A tal proposito, c'è chi si è spinto a formulare la teoria della c.d. contropinta secondo la quale «*la pena agisce [...] psicologicamente come contropinta alla spinta criminosa e in tal modo trattiene l'individuo dal violare la legge*⁹⁶».

La prevenzione generale – o meglio la prevenzione generale c.d. negativa – sarebbe, dunque, inquadrata in un'ottica di coazione psicologica: l'attore criminale è disincentivato dal commettere un illecito penale in tutti i casi in cui la sofferenza in futuro comminata sarà nettamente superiore rispetto ai vantaggi preveduti a seguito del compimento dello stesso⁹⁷. Ritornando al nostro interrogativo, la pena, secondo quanto appena descritto, eserciterebbe una funzione di deterrenza cogente nei confronti degli individui. Nella prassi, però, decidere se commettere o meno un crimine non deriva esclusivamente da un ragionamento condotto bilanciando gli interessi in gioco: non si vuol negare che ciò possa accadere e accada, ma, così ragionando, la pena non avrebbe motivo di esistere per quei reati che sono stati commessi senza alcun raziocinio.

L'idea preventiva, in questi casi, produrrebbe effetti pressoché irrisonanti. Esiste, inoltre, la teoria preventiva in chiave meramente positiva: la funzione che la pena avrebbe, secondo questo orientamento, sarebbe quella morale-pedagogica: la comminatoria di una pena, conseguente alla commissione di un determinato reato, aiuterebbe i cittadini ad identificarsi con *il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico*⁹⁸.

Concludendo, si può dunque affermare che la pena, in accordo con questa teoria, avrebbe una duplice funzione: da una parte, un effetto deterrente perché per il tramite della minaccia inibirebbe i consociati dal compiere un'azione delittuosa; dall'altra, invece, un effetto di persuasione, dal momento che l'applicazione di una pena per una determinata fattispecie trasmetterebbe l'idea che *delinquere è male*⁹⁹.

Le neuroscienze possono anche dire altro: esperimenti condotti su pazienti che presentano una lesione frontale ventromediale dimostrano in loro una sorte di “miopia del futuro”, tale per cui essi non riescono a sentire gli effetti della

⁹⁶ F. ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte generale*, XVI edizione (a cura di CONTI), Giuffrè, Milano, pp.691 ss.

⁹⁷ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale; op. cit.*, pp. 711 e ss.: “Platone nell'opera di Protagora fa dire a questo filosofo: ‘Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo un'ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita (...). La persona viene punita per servire da esempio e ammonimento”.

⁹⁸ *Ibidem*

⁹⁹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 293 ss.

punizione proiettati nel tempo¹⁰⁰. Si potrebbe prospettare una funzione retributiva¹⁰¹ della pena: il termine retribuire generalmente indica una compensazione; questo, infatti, è quello che accade quando viene applicata una sanzione penale in chiave retributiva¹⁰².

La pena criminale è un male inflitto dallo Stato per retribuire¹⁰³ il male che un uomo ha inflitto ad un altro o alla società: si punisce perché è giusto, non perché la pena sia utile in vista di una qualsivoglia finalità.¹⁰⁴

La teoria retributiva, tuttavia, è stata oggetto di discussione da parte della più autorevole dottrina e ha assunto, nel corso del tempo, due orientamenti differenti, cioè quello della retribuzione morale e quello della retribuzione giuridica; i seguaci del primo ritengono che ci sia una perfetta coincidenza tra il male commesso e l'esecuzione di una pena, la quale, dunque, non può che essere la conseguenza naturale rispetto ad un comportamento negativo¹⁰⁵. Nella seconda declinazione, invece, si afferma che, solo con l'applicazione di una pena, lo Stato può ripristinare il potere perso a seguito della commissione del delitto, poiché il delitto è la disubbidienza alla volontà statale¹⁰⁶.

Insito all'interno dell'idea retributiva vi è il concetto di proporzione: la sanzione penale applicata, data la sua natura eminentemente compensativa, dovrà essere proporzionata alla gravità del reato commesso¹⁰⁷. Questo assunto ha una portata fortemente garantistica poiché comporta il prodursi di due conseguenze i cui effetti si riverberano ancora oggi sul processo applicativo di una sanzione penale: in primo luogo, giacché è la colpevolezza che

¹⁰⁰ A. R. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, op.cit., pp. 297-298.

¹⁰¹ *Ibidem*, "costoro sono ancora sensibili a ricompensa e punizione, ma né l'una né l'altra contribuiscono al marcatamente automatico o al dispiegamento prolungato di previsioni di esiti futuri, cosicché risultano favorite le opzioni immediatamente premianti [...] nei pazienti con lesioni ai lobi frontali è profondamente accentuata quella che può essere una tendenza di base affatto normale: puntare sull'oggi invece di investire sul domani" [...].

¹⁰² G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2018: Kant ha scritto: "Anche se una società civile, con tutti i suoi membri, decidesse di sciogliersi (ad es., il popolo che vive in un'isola decidesse di separarsi e di disperdersi in tutto il mondo), bisognerebbe prima giustiziare l'ultimo assassino che si trovasse in carcere, perché ciascuno soffra ciò che meritano i suoi comportamenti, e perché non pesi la colpa del sangue sopra il popolo che ha rinunciato a punirlo".

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 683 ss.: l'A. sostiene che un'esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male, come il bene merita un premio; poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione".

¹⁰⁶ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale, op.cit.*, l'A. afferma che "il delitto è ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato."

¹⁰⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, op.cit.*, p. 696.

richiede la comminatoria o meno di una pena, il reo sarà considerato persona anche al momento della sua punizione; in secondo luogo, invece, il potere statale troverà una forte limitazione considerato che dovrà attenersi alla colpevolezza del reo¹⁰⁸. Tuttavia, anche questa tesi, al cospetto delle neuroscienze, perde la sua validità intrinseca, essendo difficoltoso garantire una comprensione del male commesso da parte di soggetti affetti da patologie che, interferendo nel momento ideativo dell'azione, ne comportano una non assoluta conferibilità in termini di riprovevolezza per *l'actio sceleris*. In tale ottica, diviene complicato comprendere il significato di quanto compiuto, nonché una impossibilità pratica di postulare un concetto, *rectius* funzione, di pena che possa inquadrare i soggetti «non colpevolmente in colpa»¹⁰⁹. Per quanto sembrerebbe riferirsi alla sola funzione di pena, è abbastanza evidente quanto un *deficit* in questi termini possa comportare delle ripercussioni sul concetto di responsabilità e, prima di questa, di imputabilità.

Parte della dottrina, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione 2005, ritiene di far rientrare nel concetto di infermità non solo quei disturbi che in concreto abbiano l'attitudine a compromettere gravemente la capacità di percepire il disvalore del fatto commesso, quanto anche di recepire il significato del trattamento punitivo¹¹⁰. Si potrebbero, altresì, ritenere ricompresi nel concetto di infermità tutti quei disturbi collegati alla impossibilità di collegare l'azione alla sua rimproverabilità di percepire l'incompetenza empatica e di compassione da parte di alcuni soggetti¹¹¹.

9. Il complesso rapporto tra giustizia penale e scienze psichiatriche

Tanto premesso in tema di dolo e colpa, esaurite, dunque, le divagazioni possibili sulla complessità del dialogo tra diritto e scienza, si ripropone il quesito circa l'atteggiarsi dei rapporti tra giustizia penale e scienze psichiatriche¹¹². Un quesito fortemente condizionato dalla problematica della imputabilità – di cui non ci occuperemo in tale sede – e che tende a riproporsi al cospetto della mutevole disciplina in tema di responsabilità sanitaria, definita come una delle grandi questioni della modernità¹¹³. Nello specifico, la questione della responsabilità medica è stata oggetto di numerosi scontri tra diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ancora attuali.

¹⁰⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, op.cit.

¹⁰⁹ D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, op.cit. p. 556.

¹¹⁰ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?* op.cit. pp.51 e ss.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² P.M. FOUCAULT, *Io, Pierre Riviere, avendo sgozzato mia madre, mia sorella e mio fratello... Un caso di parricidio nel XIX secolo*, Giappichelli, Torino, 1976.

¹¹³ A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 5.

Alla base del dilemma vi è l'esigenza di porre un limite alla colpa del medico e, allo stesso tempo, cercare un argine all'incremento del contenzioso giudiziario tra medico e paziente. Si è fatta strada una illusione secondo la quale la malattia e la morte possono essere curate o addirittura evitate: i pazienti, per ciò solo, sono diventati meno disponibili psicologicamente all'accettazione del possibile esito infausto di una operazione o di un trattamento medico mostrando sempre più diffidenza rispetto all'operato di quest'ultimo.

La sempre maggiore accessibilità alle informazioni, alla conoscenza, allo studio delle patologie hanno, inevitabilmente, innescato nei pazienti un distacco dall'immaginario collettivo del medico infallibile, rendendoli decisamente più inclini a criticare¹¹⁴; il medico diventa un capro espiatorio in quanto unico soggetto all'interno della complessa struttura sanitaria, che risponde direttamente anche quando l'evento si sia verificato per cause che prescindono dal suo operato¹¹⁵. Ma ancor prima di indulgiare sul rapporto di contatto sociale che vi è tra medico e paziente, vi è da chiedersi quanto gli psichiatri siano disposti ad instaurare una collaborazione stretta con i giudici, partecipando attivamente alla soluzione dei possibili problemi di controllo sociale¹¹⁶?

Quello della psichiatria diventa un campo incerto, in quanto non pochi dubbi sorgono con riferimento alla fase di accertamento del vizio di mente. Diverse sono le critiche dirette a denunciare una discrezionalità eccessiva insita in tale accertamento che rasenterebbe, talvolta, la verifica della seminfermità del paziente.

Vi è da chiedersi: ma l'incapacità¹¹⁷ esclude la facoltà di comprendere l'illiceità del fatto o meno? Se l'imputabilità è funzionale al giudizio di colpevolezza, il quale implica la conoscenza o la conoscibilità della norma disattesa per divenire destinatario della pretesa punitiva¹¹⁸, non sarebbe più corretto mettere in relazione l'incapacità con la facoltà di comprendere l'illiceità del fatto¹¹⁹?

¹¹⁴ F. PALAZZO, *Responsabilità medica, disagio professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1061 ss.

¹¹⁵ L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, in *Riv.it. med. Leg.*, 2011, pp. 1085 ss.; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 2012; A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, Giappichelli, Torino, 2009.

¹¹⁶ A. CARAMICO, *Imputabilità e disturbi della personalità in Colpevolezza, imputabilità e neuroscienze cognitive. Criteri giuridici e conoscenze scientifiche nella valutazione della responsabilità penale* a cura di N. INGINO – R. SCARFATO, Cleup, Salerno, 2016.

¹¹⁷ Cfr. M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹¹⁸ Sul diritto penale come pretesa punitiva si veda, A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva. Manuale di diritto penale italiano. Parte generale – Tomo primo*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹¹⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 231 ss.

nic