

LA COSIDDETTA FORZA IRRESISTIBILE NELLE PIEGHE DELLA VOLONTÀ COLPEVOLE

FRANCESCO SAVERIO FORTUNA

SOMMARIO: 1. Contorni e fondamento della *forza irresistibile* nella letteratura penalistica dell'Ottocento. 2. La scusante ultralegale della *forza irresistibile*: imputabilità o colpevolezza? 3. *Forza irresistibile* e malattia mentale. 4. Colpevolezza e imputabilità: eredità di un dibattito non sopito. 5. La impossibilità di agire altrimenti quale scusante della condotta illecita. 6. Un parallelo: la disciplina positiva dell'ubriachezza nel codice penale del 1930. 7. Malattie psichiche, patologie transitorie e anomalie del carattere. 8. Le soluzioni possibili.

1. Contorni e fondamento della *forza irresistibile* nella letteratura penalistica dell'Ottocento

La riflessione su temi prossimi alle basi della colpevolezza - a parte il linguaggio paludato tanto da rendere ben poco plausibile che la materia fosse praticabile oltre una ristretta cerchia di addetti ai lavori - mostra, negli anni immediatamente precedenti l'approvazione del codice Zanardelli, il tentativo di comporre il postulato del libero arbitrio, quale presupposto e fondamento del diritto di punire, con la concezione che vede il delitto come il precipitato di distonie del carattere, indotte da anomalie congenite o dall'ambiente. Il comportamento difforme dal comando di legge sarebbe, nelle prime formulazioni lombrosiane, dovuto a malattia mentale o fisica (si annota la pellagra): la reazione dell'ordinamento assume non già la forma di sanzione criminale, ingiustificata dalla assenza di libera determinazione, ma quella di misure volte alla neutralizzazione dell'autore del fatto illecito, prese anche nell'interesse di lui. La caratteristica che distingue il criminale, oltre a notazioni esteriori (insensibilità, assenza di organizzazione, inclinazione ai piaceri), consiste nell'assenza di senso morale.

La ricerca di un fondamento scientifico incontra però, a dispetto delle certezze ostentate, difficoltà coerenti alla incompatibilità di canoni opposti.

Si è osservato: "...i progressi della psichiatria hanno spinto la scienza moderna al seguente quesito: se la follia è una forza così espansiva, se il suo campo è sì vasto, chi vi dice che anche il delitto non sia l'effetto di una causa patologica? Chi vi dice che il delinquente non sia anche un ammalato?"¹ Tanto più che anche il dogma

¹ Fulci, *L'evoluzione nel diritto penale. La forza irresistibile*, Messina, 1881, p. 24.

religioso del libero arbitrio non pare conciliabile con il concetto di provvidenza, intesa come volontà divina e predeterminazione delle azioni umane, anche di quelle che contrastano con i precetti della religione.

Allo stesso modo giustifica l'inclinazione al delitto anche la trasmissione per via ereditaria di corredo genetico (nei termini definiti dalla successiva elaborazione scientifica) e il principio di educazione: "il delinquente è sempre figlio di delinquente e di folle, il che vuol dire figlio di genitori che non hanno senso morale" (Fulci, *cit.*, p. 30).

Parrebbe dunque essere accolta la tesi dell'incapacità di scelta da parte del soggetto criminale, che però logicamente comporta la perdita di significato del criterio della *forza irresistibile*; visto che in questo quadro di riferimento il delitto sarebbe sempre e in ogni caso un portato della costituzione del reo.

Nondimeno non si tralascia di interrogarsi sui rapporti tra motivo e volontà, tra *coscienza recettiva* e *coscienza riflessa*, sostenendo, per conoscere "la efficacia del motivo sul volere", che è necessario "analizzare il momento psicologico della determinazione" (Fulci, *cit.*, p. 41). Una prima risposta, sul fondamento della libertà nel volere è negativa: "perché ci sono ignote le cause fisiche, psicologiche" dalle quali la volizione promana; mentre nel linguaggio comune per libero arbitrio s'intende "la libertà di fare ciò che si vuole", confondendosi tra libertà fisica di operare e libertà morale. Sotto diverso riguardo, si aggiunge che l'atto altro non è che il prodotto di stati psichici, in parte non conosciuti e non conoscibili, che hanno originato l'impulso ad agire: "il *me* in un dato momento è lo stato di coscienza che vi è ... Certo vi è legame tra lo stato di coscienza e la determinazione, o per usare un altro linguaggio tra motivo e volere; c'è continuità tra questi due fatti ma non confusione ... il volere non è il motivo, la determinazione non è lo stato di coscienza". (Fulci, *cit.*, p. 54)

Il superamento della "dottrina fatalistica del carattere innato e invariabile" (Fulci, *cit.*, p. 60) passa attraverso l'educazione del carattere che permette all'intelligenza dell'uomo una selezione dei motivi ad agire in conformità di un acquisito sentimento morale. Le inclinazioni verso il delitto possono dunque essere contenute e controllate con uno sforzo della volontà; e, in tale prospettiva, ha senso anche l'impronta rieducativa assegnata alla sanzione criminale.

Allo stesso modo, è possibile modificare il *temperamento*; per quanto si tratti di un assieme di dati originari della personalità umana, trasmessi per via ereditaria. Anche l'*atavismo*, dunque, potrà

essere combattuto, quando esso si sostanzia in impulsi antisociali, attraverso l'educazione.

Se così non fosse, se - per tutti e in ogni caso - il delitto si proponesse quale frutto di impulsi incoercibili presenti in una psiche alterata, allora non avrebbe legittimazione il diritto statale di punire, che presuppone, secondo la riflessione di Romagnosi (Fulci, *cit.*, p. 85), "un atto libero di un essere intelligente", che, in quanto libero, non potrà comunque essere *oggetto* della sanzione penale. Su questo punto, che investe le finalità della pena, concordano sia coloro che ammettono (anche in mancanza di una seria dimostrazione) l'esistenza della libertà nella volizione dell'atto illecito e quanti (come Ferri) tale presupposto (anche per la pratica impossibilità di sondare la causa della condotta volontaria) decisamente escludono. Infatti, i sostenitori delle due posizioni concordano nel ritenere che la funzione della pena debba essere soprattutto intesa in senso dissuasivo, opponendo al motivo che spinge al delitto altra più cogente ragione data dal timore della punizione. Se si cerca, poi, una giustificazione razionale al diritto di punire, essa non può rinvenirsi (secondo le idee liberali) nel dominio dello Stato, della società sull'individuo. La legge penale positiva non offre in sé, del pari, il titolo del diritto di punire, che avrebbe origine, di nuovo, nel dominio dello Stato sull'individuo. Invece questo *titolo* altro non "può essere che il diritto razionale ...la tutela della *proporzione* tra uomo e uomo, la coesistenza delle personalità, l'ordine giuridico" (Fulci, *cit.*, p. 96). Dunque è da rifiutare la concezione imperativistica del diritto penale: quasi che lo Stato possa porre comandi o divieti a piacimento, pretendendone l'osservanza anche quando alla violazione non consegue alcun danno concreto.

2. La scusante ultralegale della *forza irresistibile*: imputabilità o colpevolezza?

I concetti rappresentati indicano una posizione di schietta marca liberale, moderna per i tempi; anche se non originale si presenta la tesi che connette l'applicazione della pena alla reintegrazione dell'ordine giuridico, anch'essa figlia dell'epoca.

Interessa, invece, da vicino il nostro tema il percorso seguendo il quale, tra le cause che escludono o attenuano la responsabilità, si annovera la *forza irresistibile*, capace di incidere sulla volontà colpevole. Il Fulci, aduso quale si dimostra alla speculazione filosofica, distingue tra *libertà intellettuale*, consistente nella capacità

di relazioni con la realtà esteriore conformi al reale com'è possibile solo in chi sia in possesso della coscienza dei propri comportamenti; la *libertà morale* consiste nella capacità di scegliere tra più motivi; infine la *libertà fisica* è data dall'assenza di ostacoli materiali. La confusione concettuale dovuta all'intento di rendere compatibili tra loro i postulati del determinismo biologico e il dogma della libera scelta, appare in tutta evidenza dall'interrogativo sulla compatibilità tra libertà morale e libertà intellettuale: quasi che la difficoltà a comprendere la realtà non debba in tutti i casi esercitare influenza anche sulla scelta del motivo (Fulci, *cit.*, p. 124). Ci interessa, però, cogliere le implicazioni storiche del dibattito in corso all'epoca, all'esito del quale la *forza irresistibile* non è stata qualificata come causa tipica di esclusione della imputabilità. Oggetto di critica è l'art. 62 del progetto Vigliani (*non è imputabile di reato colui che nel momento in cui commise il fatto era in tale stato di mente da non avere la coscienza dei suoi atti; ovvero vi fu costretto da una forza esterna alla quale non poté resistere*): sia perché esistono malattie mentali che lasciano integra la consapevolezza della condotta, sia perché la causa esterna pare essere limitata alla privazione della libertà fisica. Potremmo aggiungere che non sono distinti i piani dell'imputabilità e della colpevolezza, incertezza sistematica questa nella quale incorrono non di rado i penalisti dell'epoca. La tendenza parrebbe volta ad includere nella categoria delle infermità anche "fatti psicologici, come il sonno", mentre gli "affetti ciechi qualche volta escludono qualche volta diminuiscono la responsabilità" (Fulci, *cit.*, p. 129).

Secondo Francesco Carrara e i seguaci della Scuola classica, partecipi al dibattito per il progetto di un nuovo codice penale, la formula meglio rispondente alle necessità di un'adeguata definizione della *mens rea* era da rinvenirsi in quella del codice penale toscano: "*Le violazioni della legge penale non sono imputabili quando chi le commise non ebbe coscienza dei suoi atti e libertà di elezione*". Dimostra l'incertezza concettuale del commentatore il rilievo che segue: "Non basta, secondo il codice toscano, che un agente non abbia libertà di elezione per essere irresponsabile, deve egli volere e agire anche con coscienza dei propri atti ... (dunque) non sarebbero cause dirimenti la responsabilità tutte quelle cause che tolgono la libertà di elezione pur lasciando integra la coscienza dei propri atti come le follie impulsive ed altri fatti frenopatici ... La formula toscana potrebbe essere esatta sostituendo alla congiuntiva *e* la disgiuntiva *o*, oppure traducendola in formula positiva". Ma questa (*le violazioni della legge penale sono imputabili quando chi le commise ebbe coscienza dei suoi atti e libertà di elezione*) peccherebbe comunque per superfetazione: perché "quando c'è libertà di elezione vi è

(anche) coscienza dei propri atti" (Fulci, *cit.*, p. 129-130).

Altre posizioni e proposte di quel periodo, che accompagnano l'elaborazione del codice penale del 1889, pongono l'accento ora sulla infermità di mente, ora sulla privazione della libertà fisica ovvero di quella morale, ora, infine, sull'incidenza di una forza esterna, idonea ad incidere, escludendola, sulla volontà dell'autore del fatto. La ardua composizione di prospettazioni molto diverse, spiega la (formale) esclusione della *forza irresistibile* dal novero delle cause che incidono sull'imputabilità nel sistema del codice Zanardelli. Nella giurisprudenza delle Corti la scusante conservò tuttavia importanza, come ricondotta ora ad una infermità di mente ora alla mancanza di colpevolezza.

Il Fulci pone in rilievo il "*turbamento ed impedimento delle facoltà mentali*" con effetto di "*non avere la coscienza dei propri atti*" e (congiuntamente) l'essere costretto all'azione da "*una forza straniera alla sua volontà*" (Lucchini).

Altro penalista pone la distinzione tra *forza irresistibile interna*, dovuta ad infermità, e *forza irresistibile esterna*, per effetto di cause che impediscono il libero uso della volontà (De Falco).

Quanto alla formula che direttamente collega l'assenza della libertà di azione alla *infermità mentale* e richiede altresì l'intervento di una *violenza fisica e morale estranea alla volontà ed irresistibile* (Livi) si osserva (non senza fondamento) che la formula dell'*infermità di mente* "è troppo restrittiva in quanto esclude molti fatti psicologici e psichici", tra i quali sono da comprendere gli stati derivanti da affezioni transitorie ed improvvise.

Altra tesi (Faranda) riproduce l'endiadi sulla *mancanza di coscienza dei propri atti* e della *mancanza della libertà di azione*, criticata perché, secondo un'opinione all'epoca largamente seguita, nelle *follie impulsive* (che indicano la crisi transitoria delle facoltà conseguente a violente emozioni) vi sarebbe consapevolezza dell'atto ma verrebbe a mancare la *libertà di elezione* (Fulci, *cit.*, p. 133).

Sulla stessa linea, si pone la proposta che qualifica la coscienza della condotta come *intelletto*, richiedendo che la causa di esclusione colpisca sia questo che la capacità di scelta. All'obiezione che talune forme di follia non escluderebbero l'intelletto, il proponente (Filomusi Guelfi) obietta che in tali forme di follia (pazzie ragionatrici) solo apparentemente l'intelletto rimane integro (Fulci, *cit.*, p. 135).

Altra proposta (elaborata dalla Commissione Mancini) così recita: "*non è imputabile colui che, nel momento in cui commise il fatto, era in tale stato da non avere la coscienza di delinquere; ovvero vi fu costretto da una forza alla quale non poté resistere*". La formula introduce un

nuovo elemento (che però, ancora, appartiene alla colpevolezza): si tratta della coscienza dell'antigiuridicità della condotta realizzata, quale può derivare dall'ignoranza o imperfetta conoscenza del precetto. Si tratta evidentemente di uno stato psicologico che opera su di un piano diverso da quello della coscienza (naturalistica) dei propri atti e che questa, in genere, presuppone. In alternativa, è intesa come causa di esclusione dell'imputabilità una *forza* alla quale fu impossibile resistere, senza che sia specificato trattarsi di forza fisica, morale o psicologica.

Quale dunque la soluzione migliore? Secondo la tesi intermedia, propugnata da Fulci (*cit.*, p. 129), devono essere considerati "tutti i fenomeni psichici e patologici" che escludono la libertà del volere, intesa come possibilità di scelta tra più motivi. Il "*motivo che induce il volere a determinarsi è ciò che i giuristi chiamano il dolo*", nel senso che la ragione ispiratrice della volontà qualifica ed orienta il significato concreto della condotta, giungendo ad escludere la connotazione d'illiceità che apparentemente vi appartiene.

Nelle ultime pagine del libro riecheggiano tesi deterministiche: se il delinquente è costretto al delitto da sua insopprimibile costituzione, nondimeno, escluso il diritto di punire, lo Stato è comunque investito dall'obbligo di predisporre misure di tutela dei consociati attraverso la neutralizzazione del reo. Queste misure, quanto al contenuto di afflittività, non si differenziano così nettamente dalla pena criminale.

Allo stesso modo, non è giustificata la punizione di chi abbia commesso il reato senza libertà di scelta. Oltre alle infermità mentali, è in grado di escludere la coscienza della condotta anche la *forza irresistibile*. Che si presenta come frenopatia ma pure come mania transitoria. In tutti i casi "non c'è più rapporto tra motivo e volere: non solo la volontà non è libera, ma su di essa non preme il motivo" (Fulci, *cit.*, p. 206). Essa è dunque "potenza irresistibile che trascina all'azione, risoluzione non c'è perché manca il conflitto dei motivi" (Fulci, *cit.*, p. 207).

3. *Forza irresistibile e malattia mentale*

Interessa il nostro argomento la varietà nella descrizione dello stato di follia nel periodo illuminista e nella prima metà dell'Ottocento. Non si trattava di trovare giustificazione al venir meno dello *jus puniendi* nei confronti dell'infermo di mente, ma di stabilire quali fossero le condizioni psichiche dell'autore del fatto tali da consentire la rinuncia alla punizione.

Secondo Pellegrino Rossi, il folle agisce macchinalmente, spinto da istinti brutali. Egli è sempre sprovvisto di sentimento morale, ed è privo comunque della coscienza di se stesso e della natura delle sue azioni². Non diversamente, nel rassegnare le istruzioni per i giurati in un processo per omicidio, un magistrato inglese rileva come necessario che un “folle sia totalmente privo d’intelletto e di memoria, non superiore da questo lato ad un infante, ad un bruto ad una bestia selvaggia” (Fulci, *cit.*, p. 211).

Da rilevare l’estrema ristrettezza della categoria delle infermità mentali, dalla quale resterebbero escluse oltre alle follie transitorie e alle manie psicotiche, anche le infermità transitorie e quelle che lasciano integre, almeno in parte, le capacità cognitive. Non solo: se lo stato della ricerca psichiatrica dell’epoca poteva forse imporre al giudice di sostituirsi al perito, appare frutto di confusione concettuale (legata alla discussione sulla rilevanza dei motivi) inserire quale elemento discriminante la mancanza di senso morale, che presuppone un soggetto in grado di orientarsi tra diversi impulsi. Né ci sembra centrato il rilievo che qualifica il folle in ragione della mancanza di coscienza della sua condotta, posto che tale condizione è riscontrabile quasi sempre dal punto di vista naturalistico, proprio nei casi nei quali si è posta la questione del contenuto obiettivo d’illiceità del reato commesso dall’infermo di mente.

Successivamente, la possibilità di affezioni psichiche che investissero solo in parte la capacità intellettiva e volitiva è stata in diverse occasioni affermata, pur restando salda la linea fornita dall’incapacità di discernere tra il lecito e l’illecito. Nondimeno, si chiede di accertare la pienezza dello stato d’impedimento da parte dell’imputato e, soprattutto, la compatibilità della condizione di minorata capacità con l’atto compiuto (Fulci, *cit.*, p. 213).

Non è dato conoscere in quale misura la nascente scienza psichiatrica d’oltre oceano avesse potuto influenzare il dibattito in corso, verso la fine dell’Ottocento, sulla rilevanza di una generale categoria di cause idonee ad incidere sulla capacità di orientamento e di volontà. Anche da parte della giurisprudenza statunitense, il collegamento coglie pur sempre la malattia mentale, intesa però in senso ben più esteso, tale da comprendere la mancanza patologica di freni inibitori (Fulci, *cit.*, p. 213-214). Tra siffatti stati psichici è ragionevolmente da inserire la follia parziale, senza esteriori manifestazioni causata, anche, da “un impulso fatale, irresistibile, che preme sul volere, vi s’impone, lo trascina” (Fulci, *cit.*, p. 214).

² P. Rossi, *Trattato di diritto penale* (1828), a cura di Pessina, Napoli, 1896, p. 356.

Dunque nelle condotte criminose realizzate da persone affette da imbecillità (patologia congenita) e da demenza (affezione acquisita) è del tutto assente la possibilità di scelta tra motivi e l'atto si manifesta con caratteri di automatismo, quasi di trattasse di un fenomeno della natura; gli stati di *folia parziale* sono invece contrassegnati non solo dal discernimento morale, ma pure dalla coscienza di sé, tanto che si può persino manifestare il timore che quello stato psichico – del quale dunque il soggetto ha consapevolezza – possa indurre al delitto.

Pare dunque che la specie della *forza irresistibile* sia adoperata come un contenitore, comodo a comprendere sia i fatti che discendono da una patologia mentale evidente e agevolmente accertabile ma anche quelli ascrivibili a follie intellettive parziali ovvero a stati passionali. Nei quali vi è "l'apparenza della vita psichica normale ... ma vi è un motivo che nella lotta delle deliberazioni si presenta irresistibile, perché armato dall'energia d'una malattia o d'una passione" (Fulci, *cit.*, p. 224).

Possono dunque atteggiarsi come impulso irresistibile sia gli stati melanconici, da depressione maggiore sia il delirio di persecuzione: stati che già all'epoca e, successivamente, con il codice Rocco, in misura ben più marcata, erano normalmente ricondotti alla specie delle anomalie della personalità e del carattere e non a quella della malattia di mente. Nondimeno è pur sempre ad una alterazione psichica che sono collegati i momenti di efficacia dirimente della forza irresistibile. Anche l'intensa passione è considerata nell'effetto che essa produce sul normale dispiegarsi della volontà e non già come condizione momentanea che incide prima di tutto sulla coscienza della condotta.

L'inclinazione a lasciarsi trascinare dalle passioni è, in parte, frutto dell'educazione e del patrimonio ereditario del carattere; ma la forza irresistibile è sempre frutto di un *fatto patologico* o di un *affetto cieco*, anch'esso da qualificare, quanto ai suoi effetti giuridici, in termini non diversi dalla malattia (Fulci, *cit.*, p. 275).

Però è anche ammessa da quanti nel modo descritto ritengono d'inquadrare l'impulso non coercibile tra le cause di esclusione dell'imputabilità, la possibilità di una *forza semi-irresistibile*: che legittima l'affermazione della responsabilità, con pena ridotta. Il colpevole, infatti, non sarebbe stato del tutto impedito – anche per effetto di violenta passione – dal libero esercizio delle facoltà, non risultando completamente travolti i freni inibitori. Ciò soprattutto si verifica nei reati scatenati da impeto d'ira acceso da pericolo immaginario, per i quali lo stato psicologico alterato consente di ritenere giustificato l'errore sullo stato di pericolo, con la

degradazione del delitto doloso in fatto colposo (Fulci, *cit.*, p. 280).

La ragione che ha motivato l'esclusione della forza irresistibile dalla categoria delle cause rilevanti per escludere l'imputabilità nel codice penale del 1889, malgrado l'acceso dibattito e la prevalenza degli orientamenti favorevoli, è da ricercare nella sfiducia nello strumento della giurie popolari, che si reputavano troppo facilmente impressionabili, in favore di imputati di delitti gravissimi, dall'oratoria forense di avvocati capaci all'epoca (ma fino agli anni '50 del secolo successivo) di pronunziare arringhe estese per parecchie udienze. Il pubblico, sovente foltissimo in un periodo nel quale mancavano mezzi collettivi di distrazione, accompagnava il fluire del discorso, manifestando rumorosamente approvazione e consenso. I giurati, che di quello stesso pubblico erano espressione, non potevano che patirne l'influenza: e di ciò erano ben consapevoli gli avvocati penalisti i quali orientavano le loro difese sui motivi del sentimento piuttosto che sopra le ragioni del diritto (esemplari le arringhe di Alfredo De Marsico).

Ma anche dopo l'approvazione del codice penale Zanardelli, in difetto di una norma che escludesse in radice le cause in grado di incidere sulla capacità intellettuale e volitiva anche al di fuori di una infermità di mente conclamata, la causa continuò ad essere invocata e applicata in specie, naturalmente, nei procedimenti per delitti di sangue riconducibili a moventi passionali. Secondo il Fulci (*cit.*, p. 274), dalle considerazioni del quale abbiamo preso argomenti (favorevole con evidenza a inserire nella regola sull'imputabilità anche la forza irresistibile) quello delle *scandalose assoluzioni* altro non è che un falso problema, ben essendo possibile discernere tra stati di responsabilità assente ovvero ridotta e artificiose falsificazioni dei fatti, strumentali ad un trattamento penale più favorevole. Con alcune perplessità, dovute alla disciplina normativa sulle Corti d'assise vigente in quel periodo, possiamo dirci d'accordo.

4. Colpevolezza e imputabilità: eredità di un dibattito non sopito

La questione muove con tutta evidenza dall'approccio al tema dell'imputabilità. Ammesso che la persona umana sia capace di orientare le sue condotte nel senso voluto dalla norma penale, ne risulta coinvolto un doppio livello di scelta: quella che investe una capacità *naturalistica* - che potrà essere cancellata non solo dalle infermità o dalle semplici anomalie della psiche - e quella che impone anche la possibilità di avere conto dei contenuti del precetto, di

modo che la condotta realizzata in violazione del comando penale risulterebbe solo formalmente (astrattamente) lesiva dell'interesse sotteso dalla norma, perché, in concreto, all'autore del fatto non era data diversa possibilità di agire. La questione, a questo punto, incide direttamente - a dimostrare la stretta connessione tra i temi - sui contenuti della colpevolezza: qualificata, appunto, in un primo tempo come mera possibilità di autodeterminarsi liberamente ma, in seguito, anche come possibilità di comprendere, avendo conto per intero delle modalità del fatto, la portata del precetto penale.

Si tratta, è facile avvedersene, dei due versanti della colpevolezza, certamente apparendo indispensabile l'adesione soggettiva alla condotta realizzata (*profilo psicologico*) ma pure reputandosi, secondo un'impostazione più attenta alla garanzia dei diritti, necessaria la possibilità che l'agente comprenda gli effetti di contrasto con i valori recepiti nella norma penale (*colpevolezza normativa*). La malattia che colpisca e cancelli in tutto o in parte le facoltà intellettive può escludere il nesso psicologico, di modo che la condotta umana si svolge e può essere osservata non diversamente da un fenomeno della natura: l'*amens* agisce e si determina sulla spinta di impulsi che si sottraggono ad ogni classificazione secondo schemi logici ed inutile e ingiusto sarebbe intervenire con la pena criminale che presuppone la responsabilità degli atti compiuti. Allo stesso modo, il *furiosus*, colpito da patologia momentanea ovvero - il caso che più interessa il nostro esame - sottoposto agli effetti di fattori esterni capaci di annullarne le facoltà percettive e di incidere sulla volontà dell'atto, resterebbe giustificatamente esente da pena, ma anche (a differenza dall'infermo di mente, per il quale è praticabile una prognosi di recidiva) da misure rivolte a contenerne la pericolosità e a favorirne la guarigione³.

L'incontestabile principio è riaffermato dalla Costituzione repubblicana nella prima parte dell'articolo 27; ma era largamente condiviso in epoca illuministica e dai penalisti della Scuola classica, da Carmignani a Carrara⁴. In siffatta prospettiva disponeva, come sappiamo, l'art. 34 del codice penale del Granducato di Toscana,

³ Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*. Torino, 1997, p. 10-11; nonché AA.VV., a cura di Vinciguerra, *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.

⁴ È da credere, ben oltre il sentimento d'ingiustizia che era derivato dalle scandalose assoluzioni d'imputati che le Assise ritenevano coartati da una forza irresistibile, che il rifiuto di questa condizione, come idonea ad incidere sulla colpevolezza, sia derivato dalla non discutibile difficoltà di accertare uno stato che investe l'io nascosto di chi ha commesso materialmente l'illecito. Osserva Manna che l'istituto acquista una sua modernità se di qualifichi la colpevolezza in senso normativo, dove il fondamento del rimprovero mosso all'agente debba discendere dalla possibilità di agire diversamente (*op. cit.*, p. 11).

che recitava: “Le violazioni della legge penale non sono imputabili quando chi le commise non ebbe *coscienza dei propri atti né libertà di elezione*”⁵. La formula, è stato osservato, comprendendo tutti gli atti compiuti senza libertà di scegliere una condotta conforme al precetto, abbraccia anche quelli determinati da una *forza irresistibile* esterna⁶. Non si tratta però di situazioni in qualche modo riconducibili alla *vis major*, sebbene la norma contemplasse, senza distinguere, anche quelle. L’aggancio che più interessa investe infatti le condizioni della persona, da investigare nel momento dell’atto sotto il profilo dell’esistenza di una libera capacità di determinarsi.

Il problema, per il vero, si presenterà in termini non diversi negli anni a seguire, fino ai giorni nostri. Esso s’innesta nel dibattito sull’essenza dell’atto colpevole: e infatti, se è considerato sufficiente il nesso naturalistico tra il soggetto astrattamente capace e l’atto compiuto, non sarà più necessario interrogarsi troppo circa la possibilità per il responsabile di comprendere il significato del comando di legge e, quindi, il valore di contrasto dell’atto con gli interessi tutelati dall’ordinamento. Il faticoso affermarsi in dottrina del criterio della cosiddetta colpevolezza normativa⁷ non ha prodotto effetti apprezzabili negli orientamenti dei giudici⁸. E questo per ragioni di lettura sufficientemente agevole, alle quali conviene accennare.

Se pure il principio dettato nell’art. 90 del codice Rocco, che afferma in termini generali, l’irrilevanza degli stati emotivi e passionali, è stato forzato nei margini fino a far corrispondere uno stato psicologico di eccezionale intensità ad una infermità di mente temporanea, questo è avvenuto, nella quotidiana pratica dei tribunali, con carattere di assoluta occasionalità. Normalmente infatti i processi mentali dell’imputato all’esito dei quali il reato è compiuto restano al di fuori della cognizione del giudice. A

⁵ Sull’influenza dei principi e del sistema del codice penale toscano del 1853 sulle successive codificazioni, e in particolare sul codice italiano del 1889, v. Padovani, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in Vinciguerra, *cit.*, p. 397 ss.

⁶ Manna, *op. cit.*, p. 11.

⁷ Sui rapporti tra il codice vigente e le esperienze legislative precedenti, v. anche Pulitano’, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, p. 85 ss. Sul concetto di colpevolezza normativa, oltre a Pulitano’, *cit.*, p. 311 ss, v. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna 2007, p. 307; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 314 ss; Mantovani, *Principi di diritto penale*, Padova 2002, p. 133 ss. La rivalutazione del principio di colpevolezza muove dalle notissime decisioni della Corte costituzionale 23 marzo 1988 n. 364 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 e 1313, note di Pulitano’ e di Stortoni) e n. 1085 del 1988 (*ivi*, 1990, p. 289, nota Veneziani). È altrettanto palese lo scarso effetto che le due decisioni hanno sortito sull’orientamento dei giudici.

⁸ Le *discrezie* tra dottrina e giurisprudenza sono segnalate in un volume nutrito di speranza comparso nel 1991 (*Le discrezie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli 1991).

lui l'ordinamento penale impone di valutare la *quantità* del reato sotto il profilo dell'*intensità* della volizione, senza però fornire gli strumenti per apprezzare i meccanismi psicologici e la stessa personalità del colpevole. Il compito del giudice appare bensì rivolto all'applicazione di una pena adeguata alla gravità del fatto; esso però si esaurisce, in pratica, nella valutazione delle componenti materiali del reato; mentre il riflesso della colpevolezza resta quasi interamente muto. Allo stesso modo, rimane al di fuori d'ogni indagine la comprensione delle origini remote dei comportamenti, dettati da condizioni caratteriali o ambientali, a meno che non emerga (dall'anormalità della condotta o dalle stesse sue modalità) una situazione soggettiva in ipotesi idonea ad incidere sulla consapevole determinazione dell'agente.

L'elisione dell'antidoverosità della condotta in ragione dell'impossibilità di muovere un rimprovero, riposa dunque su di un accertamento che il giudice non è in grado di compiere con gli strumenti del diritto supportati da quelli delle scienze. La valutazione dello stato del colpevole nel momento del fatto è legata a condizioni naturalistiche che però non è possibile analizzare se non sulla base di peculiarità dei comportamenti, o di frammenti di questi. Il giudice esegue un'operazione di tipo *empatico*, calandosi nei panni dell'imputato e chiedendosi quale sarebbe la condotta di un uomo comune nell'identica situazione. Di qui la considerazione dei *motivi*, che però, quando fossero capaci di eliminare, per l'intensità con la quale essi hanno agito, la *coscienza degli atti* o la *libertà di azione*, avrebbero comunque un significato scusante senza possibilità di porre differenze tra motivi nobili (in ipotesi giustificanti) e motivi antisociali.

5. La *impossibilità di agire altrimenti* quale *scusante della condotta illecita*

I canoni che connotano la *forza irresistibile* - che sappiamo regolata espressamente sia nel codice napoleonico del 1810, che in quello sardo italiano e in quello vigente nel Regno delle Due Sicilie⁹ - si fondano sopra un equivoco: che sia possibile registrare, in maniera intuitiva e metascientifica, situazioni che talmente incidono sopra il normale sviluppo dell'atto volitivo da produrre il distacco tra l'atto materiale e la capacità di dominio dell'agente.

⁹ Dezza, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'art. 46 del codice Zanardelli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXI, Bologna 1991.

Il codice penale del 1889 collega la *impossibilità di agire altrimenti* a condizioni di deficienza oppure di morbosa alterazione di mente: la *vis cui resisti non potest*, pur non espressamente menzionata, riemerge tuttavia con riguardo a quelle situazioni nelle quali, vuoi per malattia che per altre condizioni psichiche anche transitorie, viene meno la libertà di scelta.

La temperie culturale dell'epoca rende comprensibile il rilievo che, proprio allora, aumenta il numero delle sentenze di assoluzione che si fondano sulla forza irresistibile, particolarmente nei giudizi demandati alle corti d'assise. Da un lato, infatti, la Scuola classica del diritto penale pone a fondamento del diritto di punire proprio la possibilità di una libera determinazione; mentre la nascente Scuola positiva contesta in radice la funzione della pena sostenendo che il crimine è frutto di condizioni patologiche della personalità, che richiede, nei casi gravi, una strategia di difesa della società¹⁰.

Non proprio allo stesso modo, pure i compilatori della disciplina penale che seguirà, con la quale dopo quasi ottant'anni siamo ancora chiamati a confrontarci, incorrono in un equivoco, probabilmente compreso e persino voluto, non parendo possibile escludere dall'ambito della colpevolezza anche le situazioni nelle quali uno stato emotivo di rilevante intensità, anche non collegato ad una condizione morbosa, sia nondimeno in grado di offuscare la valutazione dell'agente in ordine all'antidoverosità della condotta, rendendo quindi non praticabile la susseguente valutazione di rimprovero.

La ragione non troppo remota di una così netta esclusione, neppure temperata dalla possibilità di graduare emozioni e passioni secondo la loro intensità, riposa probabilmente nell'idea di uno Stato forte, nel quale il cittadino ha l'obbligo di prevedere le possibili condizioni di discontrollo e in ogni caso di non cedere all'ira né di farsi travolgere dalla gelosia e persino di contenere la passione amorosa. Non diverso significato presenta la disciplina posta nell'art. 89 del codice Rocco: e infatti – posto che sia scientificamente plausibile graduare tra infermità totale e infermità parziale – l'avverbio di quantità inserito nella norma, come si legge nella Relazione del Ministro Guardasigilli, vuole escludere che ogni anomalia del carattere possa essere invocata come fondamento di una incapacità parziale, dalla valenza diminvente¹¹.

¹⁰ Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano, Roma 1921, p. 78.

¹¹ Relazione del Guardasigilli, in *Lavori preparatori*, Roma 1929, vol. V. p. 142. Ivi, anche il parere della Commissione ministeriale e della commissione parlamentare. Segnatamente, gli interventi di Morello, Longhi, Appiani, Stoppato, De Marsico.

6. Un parallelo: la disciplina positiva dell'ubriachezza nel codice penale del 1930

Le situazioni di non imputabilità, nell'impostazione codicistica, sono rappresentate in via pressoché esclusiva dalla malattia mentale evidente e conclamata, di rilevanza tale da incidere sulle facoltà intellettive ovvero sulla volontà dell'agente; in pratica la casistica dell'infermità mentale è la sola eccezione in un sistema che non accetta limitazioni d'efficacia al comando posto nella norma penale. L'equivoco espresso dall'articolo 90 si riproduce, sotto la stessa *ratio*, nella disciplina dell'ubriachezza. Le situazioni più comuni di ubriachezza – in genere derivanti da ingestione oltre il limite di sostanze alcoliche, mentre assai meno frequente appare l'ubriachezza determinata da una scelta cosciente – sono dalla moderna dottrina ricondotte nella categoria delle *fictiones juris*, osservandosi che la norma considera quale imputabile e dunque sottopone a pena criminale un soggetto che è privo di capacità naturalistica.

Il tema, contiguo a quello oggetto dell'analisi, è d'interesse anche con riguardo all'impostazione generale del codice in materia di momento soggettivo del reato. L'apprezzamento della *gravità del fatto* desumibile dai limiti edittali della pena, prevista nella norma di parte speciale anche quale indice per l'interprete e per il giudice chiamato ad individuare la sanzione adeguata al fatto, secondo l'art. 133 prevale di gran lunga, dicevamo, sulla considerazione della colpevolezza. Della principale manifestazione di colpevolezza nulla si legge nelle sentenze di condanna; anche la valutazione inerente, nei rari casi che la richiedono, all'esistenza di una piena coscienza e volontà del fatto opera sul diverso piano delle condizioni che presuppongono l'imputabilità. La sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 5 del codice, celebrata dalla dottrina quale chiara apertura al criterio della responsabilità soggettiva, ha sortito – né diversamente poteva essere – effetti pressoché irrilevanti nell'esperienza giudiziale successiva: di certo non frequenti risultando i casi di sconoscenza del precetto in ragione di precaria determinatezza ovvero di controversa prassi applicativa. Le "aperture" della giurisprudenza, auspiccate a più voci dopo la pubblicazione della sentenza n. 364 del 1988¹², sono in effetti del tutto mancate. Ma è l'impostazione stessa

¹² Secondo Manna (*op. cit.*, p. 43) la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988 comporta che "non possono non ritenersi costituzionalmente illegittime, perché in contrasto con il principio di colpevolezza, costituzionalizzato negli artt. 25 e 27 Cost., tutte quelle disposizioni ove il legislatore ordinario sia ricorso al sistema delle *fictiones juris*, che non

del codice che ostacola, fino alla chiusura completa, l'indagine sulla colpevolezza, chiedendosi al giudice di accertare il solo nesso psicologico tra agente e condotta e il presupposto della capacità d'intendere e volere, mentre il profilo della volontà colpevole resta in ombra, quasi fosse, in tutti i casi, un effetto di genere naturalistico causalmente derivato.

L'impronta autoritaria del modello approvato nel 1930 emerge, oltre che dalla regola dell'art. 90, dalla disciplina dell'ubriachezza volontaria. Colui che si sia posto, volontariamente o per colpa, in stato di ubriachezza - ma la regola si applica pure al tossicodipendente¹³ - viene punito alla stessa stregua del soggetto che ha commesso il fatto in stato di piena capacità. Il criterio urta contro il principio di responsabilità sotto un duplice aspetto: perché, come doveva apparire anche al legislatore, l'ubriaco, pure nei casi in cui il suo stato non gli impedisca l'azione, vede fortemente ridotta la capacità di valutazione (coscienza) e decisione (volontà). Inoltre - questo il secondo profilo - il fatto illecito di sovente è direttamente rapportabile allo stato di ubriachezza, avendo sollecitato un proposito, poi tradotto in atto, che diversamente non sarebbe sorto.

La soluzione di compromesso, indicata in anni lontani dalla Corte costituzionale¹⁴ e giustificata da una parte della dottrina¹⁵ prospetta come legittimo lo spostamento dell'indagine sull'elemento

nascondono altro che ipotesi di responsabilità oggettiva". Non diversamente, però, dovrebbe ritenersi con riguardo a quelle (numerosi) decisioni di merito dove l'indagine sul grado e sulla stessa esistenza della colpevolezza risulta del tutto pretermessa.

¹³ Pare anche a noi evidente che la disciplina dell'ubriachezza e della tossicodipendenza, con l'esclusione dell'imputabilità nei soli casi in cui l'alcoolismo o la ripetuta assunzione di droga abbiano provocato una (almeno consistente) degenerazione della facoltà percettive e cognitive, non possa che riflettersi sul vero nodo della questione, che investe il grado della colpevolezza. Allo stesso modo, costituisce una finzione l'anticipazione nel tempo dell'indagine sulla capacità dell'agente nel momento in cui egli, consapevolmente, ha assunto alcolici o droghe, fino ad affermare che l'autore del fatto debba rispondere a titolo di dolo dei fatti illeciti che, in quel momento, potevano essere preveduti. Una *regula juris* di questo tipo è estranea al sistema di un codice che non rifiuta il criterio della personalità della colpa. Le indiscutibili esigenze di difesa sociale, unite alla pratica considerazione della estrema difficoltà, e dei costi, di un accertamento specifico sulle condizioni psicologiche del reo, devono, a questo punto, essere indicate come finalità prevalenti, senza che gli studiosi siano lasciati alle prese con una impossibile conciliazione dogmatica. Sul tema, v. Militello, *Imputabilità ed assunzione di stupefacenti tra codice e riforma*, in *La riforma del codice penale in materia di stupefacenti* (a cura di Bricola - Insolera), Padova, 1991, p. 139 ss.; Bricola, *Finzione d'imputabilità ed elemento soggettivo nell'art. 92 primo comma c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 486 ss.; Leoni-Marchetti-Fatigante, *L'imputabilità del tossicodipendente*, Milano, 1992.

¹⁴ Necessità di conservazione dell'impianto codicistico hanno suggerito (anche) in questo caso la motivazione della decisione del 26 febbraio 1970 della Corte costituzionale (in *Quale Giustizia*, 1970, p. 86 ss., nota G. Amato) che ha ricondotto il momento di accertamento della colpevolezza al momento in cui il soggetto si è posto in stato d'incapacità.

¹⁵ Una parte della dottrina tenta, in effetti, di ricondurre la regola stabilita nel primo comma dell'art. 92 c.p. secondo i canoni della responsabilità. Secondo Mantovani (*Diritto penale*,

soggettivo nel momento in cui il soggetto si è posto colposamente in stato di ebbrezza. Nondimeno, poiché, come accennato, si verifica con frequenza assai minore il caso di chi assuma bevande alcoliche al precipuo fine di ubriacarsi, mentre l'ipotesi normale è quella dell'ubriachezza colposa, sorge la questione della possibilità di qualificare un fatto naturalisticamente doloso (l'ubriaco ferisce una persona dalla quale ritiene, a torto, essere stato offeso) commesso da soggetto che si era posto colposamente in stato d'incapacità. Il problema è risolto, ancora, mediante un artificio, utilizzando un meccanismo analogo a quello (non di rado oggetto di abusi) della propagazione degli effetti della condotta dolosa. Si rileva infatti che il soggetto avrebbe dovuto prevedere, nel momento nel quale, colposamente, assumeva bevande alcoliche, la possibilità sia della successiva condizione di incapacità una volta raggiunto lo stato di ebbrezza, sia delle condotte penalmente illecite che, in tale stato, egli avrebbe potuto tradurre in essere.

La Corte costituzionale giustifica, dunque, una vera e propria trasposizione del momento valutativo della colpevolezza, peraltro del tutto sconosciuto nella prassi giudiziale, dove l'atteggiamento psicologico dell'ubriaco è colto *al momento del fatto*, e non, retroattivamente, in quello dell'assunzione di sostanze alcoliche. Si perviene, per questa via, alla radice storico-culturale della peculiare disciplina dell'ubriachezza: che riposa sopra esigenze di specie essenzialmente preventiva, dettate dalla volontà di reprimere il fenomeno dell'alcoolismo¹⁶. Non poteva però ignorarsi, come di recente si è osservato, che la pena segue non già all'accertamento di un fatto illecito, conforme al tipo anche sotto l'aspetto psicologico, ma alla presunzione di pericolosità derivante dalle condotte di chi, volontariamente o colposamente, si è posto in condizione di minorata capacità¹⁷. La disciplina riecheggia dunque - ma in particolare quanto all'aumento di pena previsto per l'ubriachezza abituale - i temi della colpa per la condotta della vita, ben presenti nel periodo storico che ha accompagnato l'elaborazione del codice, ma in contrasto insuperabile con il principio stabilito nella prima

Padova, 2001, p. 693 ss.) non vi sarebbe alcuna *fictio* d'imputabilità ma soltanto una deroga alla regola della capacità al momento del fatto, quando la ubriachezza volontaria o colposa rientra nella colpevolezza per il fatto commesso. *Contra*, Bricola, *Finzione d'imputabilità ed elemento soggettivo*, cit., p. 490.

¹⁶ Nella *Relazione* della Commissione ministeriale sul progetto di codice penale (*Lavori preparatori*, IV, p. 289) si rende conto, a giustificare l'aggravamento di pena per l'ubriaco abituale, che questi possa trasformarsi in un intossicato, in un individuo dalla imputabilità minorata o persino esclusa, e perciò *maggiormente pericoloso per la società*.

¹⁷ Appare l'ulteriore rischio che il costituzionale principio di colpevolezza possa "scivolare verso i lidi della c.d. colpa di autore, coesistente del resto al periodo storico in cui è sorto il codice". Così Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., p. 25.

parte dell'art. 27 della Costituzione. Il sopravvivere della *fiction* ha richiesto un aggiustamento impossibile, un'operazione di riduzione ortopedica che permette di ritenere capace chi capace non è, legittimando l'applicazione di una pena in taluni casi persino più grave. Sarebbe, a questo punto, preferibile dichiarare la consapevole elusione del principio di colpevolezza in ragione di – ovviamente esistenti e gravi – motivi di prevenzione e difesa sociale. Oppure prevedere situazioni di tutela anticipata, con sanzioni severe, anche di tipo interdittivo, per quanti assumano sostanze alcoliche nel momento in cui intraprendono o si trovano ad esercitare attività rischiose¹⁸. A ben vedere, le regole poste negli artt. 91-95 del codice Rocco non potevano, neppure all'origine, essere giustificate sotto il paradigma della concezione psicologica della colpevolezza. Il rapporto con il fatto appare infatti causalmente interrotto quando l'autore (solo apparente) è privo di capacità naturalistica. Il rischio di una imputazione obiettiva, oltre dolo e colpa, è solo aggirato quando si afferma che un ubriaco completo non figurò mai sul banco degli imputati¹⁹: quasi che questa constatazione discenda da una valutazione statistica su basi scientifiche e non, ancora una volta, su di una mera *praesumptio hominis*. La disciplina dell'imputabilità appare seriamente deficitaria anche nel contesto della colpevolezza puramente psicologica, giacché è del tutto trascurata la considerazione della mancanza di capacità naturale al momento del fatto che, a ben vedere, nello stesso sistema del codice elimina, ancor prima della capacità d'intendere e volere, la coscienza e volontà della condotta.

7. Malattie psichiche, patologie transitorie e anomalie del carattere

Allo stesso modo, altro non è che una finzione affermare senza eccezioni che emozioni o passioni anche violente non possano aver rilievo sulla capacità d'intendere e volere. Quando tali stati insorgono in un soggetto che non soffra di patologie di mente coesistenti alla sua condizione (transitoria), non viene in gioco la sua imputabilità ma bensì la capacità all'atto, come è, per esempio, incontestato nei casi d'illecito addebitabile ad una malattia non prevedibile ed insorta all'improvviso. Le scelte giudiziali in casi che hanno suscitato eco rilevante nella pubblica opinione²⁰ sembrano

¹⁸ V. ancora Manna, *op. ult. cit.*, p. 26, con riguardo agli orientamenti della giurisprudenza.

¹⁹ Così Battaglini, *Diritto penale*, III ed., Padova 1949, p. 211. Per la tesi tradizionale, v. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Milano 1997, p. 632 ss.

²⁰ Così nel caso del c.d. mostro di Foligno, ad avviso di chi scrive totalmente infermo di mente

rispondere, vista la scarsa o nulla considerazione delle condizioni psicologiche degli imputati, alle richieste di pene severe sollevate dagli organi di stampa e da programmi televisivi che, mai come oggi, dei gravi fatti di sangue fanno spettacolo con la complicità di personaggi presentati quali esperti, i quali, di regola, invece di presentare i fatti in chiave di problema, si diffondono in affermazioni di schietta banalità, tali da suscitare (nell'ipotesi migliore non in via immediata) la già esistente pulsione volta ai cosiddetti bisogni emotivi di pena. La condanna all'ergastolo inflitta in primo grado dalla Corte d'assise di Perugia al (così qualificato dalla stampa) *mostro di Foligno*, è figlia del clamore suscitato dalla vicenda, sulla quale non sono mancati ripetuti interventi delle persone offese. Così alimentati, i *bisogni emotivi di pena* fondano decisioni di condanna che non sono altrimenti comprensibili.

La casistica è ricca e comprende anche casi restati in ombra, fuori dai riflettori dell'informazione nazionale. La Corte d'assise di Cassino, sulla base di perizie tragicamente improntate all'opzione medico – biologica, ha considerato pienamente capaci due fratelli molto giovani imputati dell'omicidio di un anziano parroco e della sua perpetua, senza minimamente considerare le condizioni di estrema indigenza della famiglia e la presenza di patologie psichiche in alcuni ascendenti. Dopo la pesante condanna, quasi immediatamente i due manifestano infermità che ne impongono il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario²¹. I giudici, anche delle nuove generazioni, sembrano avere saldamente assorbito che, in materia di patologie psichiche temporanee discendenti da anomalie del carattere o da disturbi della personalità, il legislatore del 1930 non ha dettato un criterio di scelta che riconduca l'atto compiuto in simili stati nell'ambito della colpevolezza ovvero della capacità cognitiva o volitiva²². Il diniego della rilevanza degli stati emotivi o passionali, di regola inteso dalla giurisprudenza di cassazione come

eppure ritenuto responsabile dalla Corte di assise di Perugia e condannato all'ergastolo. Del resto, se è vero che i processi criminali sono stati sempre seguiti con interesse dal pubblico, la più recente spettacolarizzazione offerta dal mezzo televisivo non può che interferire nel libero processo decisionale dei giudici.

²¹ La sentenza della Corte d'assise di Cassino, 9 febbraio 1995, inedita, ha condannato alla pena di 25 anni di reclusione due fratelli per i quali il disfavore delle condizioni di vita ed educazione avevano pesantemente influito sulla capacità di scelta. Essi uccisero con mezzi di fortuna un anziano parroco e la sua perpetua; l'eco destato dal fatto nella comunità locale, assieme ad una sciagurata perizia psichiatrica, ha giustificato la condanna.

²² Oltre quanto verrà precisato a proposito delle scelte di altri ordinamenti penali in tema di accertamento della capacità di intendere e volere, con la conseguenza che il codice Rocco figura oggi attestato su posizioni di estrema retroguardia, rileviamo come l'*Alternativ-Entwurf* tedesco del 1966 prevedeva, quale casua succedanea di esclusione dell'imputabilità, l'esistenza di *ogni altra anomalia* in grado di influire sulla capacità di autodeterminarsi. Sul punto, v. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di Moccia, Napoli, 1986.

esclusione dall'ambito della capacità (e, in ragione della sistematica accolta, della colpevolezza) delle anomalie della personalità che non abbiano trovato sbocco in una infermità clinicamente accertabile, consente al giudice del processo di merito operazioni ardite (rapportabili alla pressione dell'opinione pubblica): qual è quella che conduce alla soppressione di ogni confine tra colpa e dolo, ammettendo come possibile l'esistenza del dolo (eventuale) da parte di un ubriaco che si era posto alla guida di una vettura, affermandosi che egli ben poteva prevedere il successivo plurimo delitto, assumendo il rischio della produzione dell'evento lesivo.

I recenti progetti di riforma del codice penale, a dire il vero, introducono tutti, accanto alla categoria delle infermità di mente classificate, la condizione della anomalia o deficienza psichica, comunque cagionate, ma tali da eliminare o ridurre la capacità di libera determinazione all'atto.

La riforma sul punto – conviene sia chiaro – comporterà, oltre ad una rottura della cultura giudiziale, sino ad oggi esonerata da indagini sul fattore psicologico del reato, anche la previsione di risorse aggiuntive, per il più frequente, prevedibile, ricorso all'opera di consulenti psicologici o psichiatri²³. Uno scenario nuovo è dato dalla crescente immigrazione di persone dotate di un bagaglio di conoscenze e di valori diverso e non raramente in conflitto con quelli nazionali. Oltre il problema, di per sé insuperabile, dell'ignoranza della legge penale (anche se è vero che i delitti ascritti a imputati stranieri ricadono di regola nel novero di quelli *naturali*, per i quali è lecito presumere la coscienza dell'illiceità delle condotte) potrebbero sorgere dubbi quanto a comportamenti delittuosi considerati leciti, e persino doverosi dai dettami della religione²⁴.

Il regime dell'imputabilità, conduce dunque, non di rado, all'applicazione di pene commisurate in modo da travalicare grandemente la misura della colpevolezza; quando non si tratti di sanzione radicalmente ingiusta in ragione della mancanza di volontà del fatto. Tuttavia, mentre in altri ordinamenti è stata la giurisprudenza a influenzare il legislatore quanto all'accertamento – ove richiesto dalle modalità soggettive e materiali del fatto di reato – delle condizioni psicologiche del colpevole²⁵ i giudici italiani, stante anche il divieto delle perizie psicologiche, oltre

²³ Manna, *op. ult. cit.*, p. 49.

²⁴ Per un'ampia, recente, trattazione in argomento, v. Basile, *Immigrazione e reati 'culturalmente motivati'*. Il diritto penale nelle società multiculturali europee, Cuem, Milano, 2008, particolarmente pagg. 24-49 e 180 ss.

²⁵ Il pericolo di una *rottura degli argini*, con il potenziamento di ogni sorta di anomalie psichiche e la prevalenza delle valutazioni del perito su quelle del giudice, necessariamente ancorato alla gravità del fatto, è peraltro rappresentato da Manna, *op. ult. cit.*, p. 50.

a considerare esistente di per sé la capacità d'intendere e volere, non traggono in genere conseguenze da condizioni pur evidenti di minorata capacità quanto alla dosimetria della pena. La valutazione della *gravità del fatto* domina nelle – generalmente scheletriche – motivazioni dovute a norma dell'art. 133 del codice, come soprattutto è evidente nelle decisioni per delitti commessi da tossicodipendenti, nelle quali la questione delle condizioni di vita e ambientali e quella che investe lo stato psicologico dell'imputato quasi mai vengono in considerazione. E dire che in simili casi la speciale qualità del colpevole non richiederebbe nessun particolare accertamento, quasi sempre risultando essa dagli atti processuali.

8. Le soluzioni possibili

La possibilità di un diverso indirizzo pure all'interno del sistema del codice investe anche la prospettiva di una riforma delle misure di prevenzione della pericolosità, intese in senso lato. Preso a modello, coerentemente al nostro tema, il tipo di un soggetto che, per anomalie caratteriali, incorre frequentemente in accessi d'ira, rileveremo che, secondo gli orientamenti ancora largamente prevalenti, costui sarà riconosciuto pienamente imputabile sia per l'irrelevanza del suo stato ai sensi dell'articolo 90 cod. pen., sia perché la sua peculiare condizione sarebbe da inquadrare nei cosiddetti disturbi della personalità, per consolidata opinione non equivalenti ad una infermità di mente ancorché parziale. Secondo i progetti di riforma, lo stato di chi frequentemente incorre in accessi d'ira potrebbe essere ricondotto nella sfera delle anomalie mentali, in grado d'incidere sulla capacità di volere. Le pur caute aperture della giurisprudenza²⁶ non giungono ad arricchire un magazzino di strumenti deficitario, almeno sul punto della qualificazione della proclività al delitto. Perché sia possibile dichiarare il soggetto indicato a modello come sprovvisto di capacità d'intendere e volere, è oggi necessario ricomprendere la sua inclinazione all'ira nell'alveo delle malattie mentali. Si tratterebbe però di una falsificazione: e infatti il perito psichiatra rileverà che, dopo la crisi accessuale, il soggetto è di nuovo in possesso per intero della capacità naturale, esprimendo se mai una valutazione di pericolosità connessa a nuove crisi in

²⁶ Solo di recente, le Sezioni unite della Cassazione hanno, almeno apparentemente, ripudiato il paradigma organicistico, che pretendeva l'esistenza e l'accertamento di una malattia mentale classificata per affermare la rilevanza di disturbi della personalità tali da escludere la rimproverabilità della condotta. Cass. SS.UU. 25 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss (nota Collica).

futuro prospettabili. Gli interventi diretti a modificare la personalità del colpevole nell'attuale sistema si riducono al trattamento psichiatrico detentivo (negli ospedali psichiatrici) apparendo persino dubbio che il giudice possa interpretare estensivamente la norma che prevede – ma in diverse situazioni – cure da eseguire da libero, ad esempio imponendo al colpevole, oltre la consueta somministrazione di farmaci, colloqui con lo psicologo o persino un percorso di analisi individuale.

Si chiede Manna: “perché i più recenti progetti di riforma codicistica ... pur avendo tutti aperto in tema di cause di esclusione dell'imputabilità anche ai disturbi della personalità, non abbiano poi in ambito sanzionatorio introdotto istituti di terapia sociale”, limitandosi a far riferimento alle esistenti strutture psichiatriche²⁷. La risposta, secondo il penalista, è da ricercare nella crisi dell'idea rieducativa, segnata dalla preferenza sempre più spiccata al trattamento tra le mura del carcere rispetto a misure non detentive. La politica, in effetti, non si sottrae, neppure nei sistemi europei occidentali, alle richieste irrazionali di sicurezza scatenate sempre di più nella popolazione dal rilievo offerto ai fatti criminosi in misura e modi incomparabilmente più attenti e diffusi rispetto al passato. Esistono testate giornalistiche dedicate in modo affatto prevalente all'informazione e al commento sui delitti commessi nel territorio coperto da quel giornale; per non parlare, poi, dei molti programmi televisivi dedicati alla lettura di procedimenti penali, ovvero all'analisi dei principali delitti. Il sentimento d'insicurezza del cittadino comune non può che manifestarsi con espressioni scomposte – anch'esse largamente riprese dall'informazione – volte a richiedere pene severe, senza tenere ovviamente conto dai fattori comportamentali e ambientali che hanno esercitato influenza sulla causalità psichica del reato. Tuttavia, quando un giudice – come ha fatto un magistrato di Hannover – qualifica come circostanza diminuyente della pena il *fattore ambientale*, considerando la difficoltà d'inserimento di un imputato sardo in un diverso contesto sociale, si è giunti a gridare, in chiave nazionalistica, all'insulto all'intera etnia isolana. Quanto alla pena capitale, è netta l'impressione, ben oltre gli sforzi di una minoranza illuminata, che un ipotetico referendum propositivo diretto a introdurre di nuovo la massima pena per i reati più gravi segnerebbe una larga maggioranza di consensi.

Esistono poi ulteriori limiti all'approvazione di una normativa che preveda la considerazione dei fattori psicologici del reato, come

²⁷ Manna, *op. cit.*, p. 241-2.

del resto contemplato anche dal codice vigente, restato su questo punto pressoché inattuato²⁸. Il compito del giudice, chiamato a riempire di contenuti concreti il principio della responsabilità, risulterebbe, crediamo, più gravoso, per la considerazione richiesta dal processo di formazione delle personalità dell'imputato, oltre che dalle cause prossime alle quali ricondurre il delitto²⁹. Vi è anche da considerare la questione dei maggiori costi inevitabilmente connessi a valutazioni che impongono accertamenti esterni al fatto e possono impegnare l'opera di consulenti psicologi. Infine, dovrebbe essere creata *ex novo*, oltre le strutture manicomiali, una costellazione di centri di recupero finalizzati al trattamento di anomalie del carattere in soggetti che non sono colpiti da una vera e propria infermità psichica.

²⁸ La critica al sistema di commisurazione della pena fissato nell'art. 133 c.p. è restata costante in dottrina. In aggiunta, nella prassi della giurisprudenza sono d'uso comune le *formulette pigre*, quali ad esempio "visti gli elementi di cui all'art. 133 c.p., stimasi equo irrogare la pena ...". Formule che attestano l'impossibilità per il giudice di conoscere, oltre al fatto, anche la personalità del colpevole, in mancanza di strumenti adeguati. Sul tema, v. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit. p. 750 ss; Pulitano', *Diritto penale*, cit., p. 528 ss.

²⁹ I progetti di riforma alla parte generale del codice, segnatamente il *Progetto Pagliaro* del 1992 e il *Progetto Grosso* del 2000, prevedono la rilevanza di cause non cliniche idonee ad incidere sull'imputabilità. L'ultimo progetto di riforma contempla anche la possibilità per il giudice che non sia in possesso di elementi sufficienti ad esprimere la valutazione sulla capacità a delinquere, di rinviare ad altra udienza il momento della commisurazione della pena (il *Progetto Grosso* è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.).