

VARIAZIONI (NON SOLO) GIURISPRUDENZIALI SUL TEMA DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REO IMPUTABILE, SEMIMPOTABILE, TOTALMENTE INIMPOTABILE PER INFIRMITÀ DI MENTE E DIRITTO PENALE EUROPEO DELLA COLPEVOLEZZA^(*)

di Marta Bertolino

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sui limiti della funzione di garanzia del principio di colpevolezza nel diritto penale europeo. – 1.1. E nel diritto penale interno. – 2. Reati d'impresa e dolo. – 3. Dei controversi rapporti tra imputabilità e colpevolezza. – 4. Uno sguardo oltre confine per un'indagine comparata. – 5. Imputabilità ed elemento soggettivo del reato. – 6. Questioni di malattia mentale e di trattamento del malato di mente: un confronto fra le Corti.

1. Considerazioni introduttive sui limiti della funzione di garanzia del principio di colpevolezza nel diritto penale europeo.

La funzione di garanzia del principio di legalità trova il suo completamento nel principio della responsabilità penale come responsabilità personale, cioè nel principio di colpevolezza¹. A proposito di esso, in questa prospettiva, si può parlare di "legalità della colpevolezza"², nel senso, a livello legislativo, di previsioni fondate su coefficienti psichici effettivi; a livello della prassi di accertamenti di responsabilità penale che si fondano su imputazioni soggettive rispettose della previsione legislativa. Tuttavia, quando queste esigenze di legalità non vengono rispettate, dalla prospettiva multilivello del diritto penale viene spontaneo chiedersi se si possa parlare e in che termini di una europeizzazione del principio di colpevolezza tale da assicurare un argine a involuzioni legislative e a torsioni ermeneutiche della giurisprudenza che fanno vacillare il principio costituzionale del *nulla poena sine culpa*, vincolante ai sensi dell'art. 27, co. 1 Cost.

A riguardo, se non si può ancora parlare di un diritto penale UE in senso stretto,

^(*) Intervento in occasione della "Giornata di studi in onore del prof. Giovanni Grasso", Catania 20-21 ottobre 2023, che costituisce un ampliamento del saggio contenuto negli *"Scritti in onore di Giovanni Grasso. Diritto penale dell'Unione europea e nell'Unione europea"*, Torino, 2023.

¹ Anzi, secondo la Corte costituzionale, a proposito in particolare della imputazione di fatti che il soggetto non è in grado comunque di impedire o prevenire per ignoranza incolpevole del precetto penale, art. 5 c.p., il «principio di colpevolezza più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto», Corte cost. n. 364/1988.

² Per quest'espressione v. M. L. MATTEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, Bonomia Press, 2020, p. 7 ss., il quale individua la legalità della colpevolezza nella pluralità delle fonti normative che costituiscono la «base legale dell'imputazione colpevole del fatto di penale rilevanza».

in quanto «appartiene a una fase ancora diafana della potestà punitiva e soprattutto delle garanzie»³, certamente si può riconoscere l'esistenza di un diritto penale europeo dei principi, dove, peraltro, la colpevolezza non sembra aver trovato ancora un esplicito riconoscimento, e quindi un suo spazio autonomo⁴. Quello di colpevolezza, infatti, come meglio si vedrà, oscillando tra il principio della presunzione di innocenza e quelli di legalità e di proporzionalità della pena, non può considerarsi ancora parte del c.d. blocco di costituzionalità su cui poggia il diritto penale europeo⁵, perlomeno nei termini in cui lo sono invece gli altri principi: sostanziali, come quelli di legalità, di irretroattività, di proporzionalità della pena, di risocializzazione, e processuali, come quello della presunzione di innocenza e del diritto a un equo processo, nonché di garanzia dei diritti di difesa.

Rimane perciò ancora valida la constatazione della latitanza del principio di colpevolezza, formulata da quella dottrina che da tempo denuncia la «gravissima lacuna» presente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, là dove non sancisce siffatto principio⁶. E la stessa lacuna, come meglio si dirà, è rinvenibile anche nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo⁷. «Questo persistente silenzio ci dice che il problema della colpevolezza *non* rientra nell'orizzonte entro cui e per cui sono state pensate le carte dei diritti»⁸. Né questa lacuna sembra colmabile attraverso la rilettura del principio in chiave di diritto fondamentale di protezione nei confronti dello Stato⁹. Nel senso che solo riconoscendo una responsabilità penale come «personale colpevolezza, si attua “una forma di tutela della libertà”»¹⁰, della libertà di azione consapevole. Garantendo la libertà di scelte d'azione consapevoli, per

³ M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in C. GRANDI (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pisa, 2021, p. 233.

⁴ «La declinazione europea dei grandi principi penalistici ha interessato in forma minore e imperfetta la colpevolezza», E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza nel dialogo tra le Corti*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 355.

⁵ Intendendosi per blocco di costituzionalità l'insieme dei principi guida di natura garantistica dell'Unione Europea, cfr. V. MANES, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo”*, in C. GRANDI, *I volti attuali*, cit., p. 131 ss.

⁶ G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, in G. GRASSO-R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di Diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 662; A. M. MAUGERI, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA. VV. *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, 2008, p. 130 e più di recente della stessa, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza come diritto fondamentale nel diritto penale europeo, pur con qualche tentennamento*, in *Arch. pen.*, 2022. 3, p. 8.

⁷ «Tale disattenzione nei confronti di un così fondamentale principio è conforme, del resto, ad un atteggiamento di limitata sensibilità – soprattutto nel passato – rivelato in materia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, anche in relazione al settore penale», A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 9.

⁸ D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2012, p. 1243.

⁹ Sottolinea come può risultare fuorviante la lettura dei principi di legalità, proporzionalità, offensività, personalità della responsabilità quali diritti individuali o umani, anziché principi. A. CAVALIERE, *Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco F. Viganò*, in *Sist. pen., Riv. Trim.*, 10/2023, p. 86 s.

¹⁰ D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità*, cit., p. 1242 s.

la tutela delle quali già opera il principio di legalità, non si può certo negare che, come si vedrà, quello di colpevolezza rappresenti il necessario contemperamento del primo. Infatti, anche a livello europeo la colpevolezza sul piano sostanziale si traduce come prevedibilità e conoscibilità della norma e sotto questo profilo si lega indissolubilmente alla legalità, nei termini di rimproverabilità soggettiva del fatto.

Ma questa declinazione della colpevolezza come diritto non sembra in grado di colmare comunque la lacuna di una sua espressa menzione, come avviene invece per gli altri principi, nelle Carte dei diritti¹¹. Inserire il principio di colpevolezza nella cornice dei diritti, quindi, non significa ancora porre un rimedio alla sua intrinseca debolezza¹². Infatti, se per i principi espressamente menzionati la dimensione di diritto umano si affianca a e rinforza quella preminente di garanzia individuale¹³, lo stesso non si può dire per la personalità della responsabilità penale, che continua ad essere un principio di derivazione indiretta.

Dunque, a livello europeo non sembra che la legalità della colpevolezza possa offrire quei vincoli di costituzionalità che invece la nostra Corte costituzionale ha ormai da tempo riconosciuto. A tale proposito è sufficiente richiamare le storiche affermazioni della nota pronuncia della Corte costituzionale, quando, a proposito dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza o errore sul precetto penale di cui all'art. 5, stabiliva che «la colpevolezza costituzionalmente richiesta ... non costituisce elemento tale da poter esser, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato». Per concludere che il sistema costituzionale, «allo scopo d'attuare compiutamente la funzione di garanzia assolta dal principio di legalità, ritiene indispensabile fondare la responsabilità penale su "congrui" elementi subiettivi»¹⁴. E, in consequenzialità logica con queste affermazioni, altra Corte costituzionale ribadiva che il «principio di colpevolezza non può essere "sacrificato" dal legislatore ordinario, in nome di una più efficace tutela penale di altri valori, ancorché essi pure di rango costituzionale. I principi fondamentali di garanzia in materia penale, difatti, in tanto si

¹¹ Con riferimento alla Carta dei diritti dell'UE si osserva, da ultimo in dottrina, che, avendo essa valore giuridico vincolante, ne «deriva che i diritti fondamentali sono divenuti parte integrante dell'ordinamento "comunitario" e i limiti derivanti dalla loro tutela si sono imposti non solo alle istituzioni delle Comunità europee – oggi dell'Unione Europea –, ma anche all'ordinamento giuridico degli Stati membri (anche nell'applicazione del diritto penale)», A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., 1 ss.

¹² Anzi, non valorizzare proprio il profilo di garanzia individuale – come osserva la dottrina (A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, cit., p. 84) – comporta una interpretazione riduttiva del principio di colpevolezza «quale garanzia individuale prevalente su esigenze di prevenzione generale, sia in rapporto al problema della responsabilità oggettiva che alla disciplina dell'*ignorantia legis*», come affermato dalla dottrina e dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988.

¹³ Infatti, i principi costituzionali sono il risultato di un processo di bilanciamento fra beni, interessi e in quanto tali non sono a loro volta bilanciabili, mentre i diritti sono comunque soggetti a bilanciamenti, e alcuni anche fondamentali potrebbero risultare soccombenti rispetto a un diritto altrettanto fondamentale come, ad esempio, quello alla sicurezza, cfr. A. CAVALIERE, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, cit., p. 83 ss.

¹⁴ Corte cost. n. 364/1988, cit.

connotano come tali, in quanto “resistono” ad ogni sollecitazione di segno inverso»¹⁵.

Questa esigenza di colpevolezza emerge anche in quella giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Unite che non esita ad annoverare fra i «“congrui” elementi subiettivi» anche l'imputabilità, riconoscendo così il forte e innegabile legame della colpevolezza con l'imputabilità. E lo fa definendo quest'ultima come «capacità di colpevolezza» e dunque «presupposto della colpevolezza, non essendovi colpevolezza senza imputabilità», se è vero, come è vero, che la colpevolezza è riprovevolezza, rimproverabilità¹⁶.

Tuttavia, nemmeno il legame fra colpevolezza e imputabilità ha trovato un riconoscimento europeo, e non poteva essere diversamente, dato che, come si è in parte anticipato, non si è avuta un'espansione del principio di colpevolezza tale da assurgere a principio del blocco di costituzionalità. Se così stanno le cose, è chiaro che ben poca influenza ha potuto avere il diritto penale europeo della colpevolezza su istituti del diritto penale interno, come il dolo, la colpa, l'imputabilità, quest'ultima in particolare nei suoi rapporti con la colpevolezza. Con la conseguenza che le derive involutive nazionali, legislative e della prassi giudiziaria, di cui si dirà, facilmente sfuggono al controllo sovranazionale, in particolare delle Corti, poiché i parametri legislativi ed ermeneutici che il diritto penale europeo offre per esercitare siffatto controllo risultano ancora incerti e non consolidati.

Se si guarda infatti all'Unione europea, la latitanza del principio di colpevolezza gode di immediata conferma nella constatazione che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta di Nizza) tale principio non trova un esplicito riconoscimento, a differenza dagli altri principi già richiamati della presunzione di innocenza e dei diritti della difesa di cui all'art. 48 e di legalità e di proporzionalità della pena espressamente menzionati all'art. 49. Da qui una rilevanza solo indiretta della colpevolezza nei termini di principio e di categoria strutturale del reato, poiché essa viene desunta in via ermeneutica dalla garanzia processuale della presunzione di innocenza, ovvero dalla garanzia sostanziale della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene.

D'altra parte, il silenzio della Carta sulla colpevolezza e la «disinvolta noncuranza della Corte di giustizia verso il principio, che non sembra violato da norme nazionali di responsabilità oggettiva»¹⁷, ben si comprende se si considera che non tutti gli Stati membri riconoscono esplicitamente il principio di colpevolezza a livello costituzionale, se non nell'accezione riduttiva del divieto di responsabilità per fatto altrui¹⁸.

¹⁵ Corte cost n. 322/2007; in questo caso il valore da bilanciare, il contro interesse, era particolarmente alto e qualificato, trattandosi della tutela della personalità psico-fisica del minore, messa a repentaglio da condotte di abuso sessuale, pur commesse nell'ignoranza dell'età minore della vittima, ignoranza od errore che era del tutto irrilevante anche qualora incolpevole *ex art. 609 sexies*.

¹⁶ Cass. Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, in CED Cass., 230317.

¹⁷ G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1357 ss.

¹⁸ Come rileva attenta dottrina, seppure con riferimento alle sanzioni di natura amministrativa, nella giurisprudenza comunitaria «si arriva ad affermare che nelle tradizioni giuridiche comuni il principio di

Il principio di colpevolezza sostanziale entra dunque nell'ordinamento eurounitario prima di tutto come necessario presupposto della presunzione di innocenza di cui all'art. 48, nel senso di un onere probatorio per l'accusa relativo a tutti gli elementi strutturali del reato, e dunque anche a quelli attinenti alla sfera soggettiva. Ma tutto ciò non significa ancora un obbligo per gli Stati di previsioni soggettivamente pregnanti, la cui presenza è dunque lasciata alla discrezionalità legislativa dei singoli Stati¹⁹.

Più significativo risulta invece il legame del principio del *nulla poena sine culpa* con quelli dell'art. 49, che sancisce «i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene». Si tratta infatti di principi di natura sostanziale di cui si sostiene essere corollario la colpevolezza, che rispetto alla precedente concezione processualizzata sembra acquisire maggiore spessore, «ponendo la questione dell'imputazione soggettiva a monte rispetto al momento dell'accertamento»²⁰. Infatti, da questa prospettiva sostanziale la legalità, con i suoi sottoprincipi, diventa anche garanzia di colpevolezza, dal momento che solo la conoscibilità della regola di condotta assicura scelte di azione imputabili alla persona in termini di rimproverabilità penale, mentre la prevedibilità dell'intervento punitivo «presuppone comportamenti controllabili dall'individuo e, quindi, colpevoli; rispetto a comportamenti incontrollabili, non ha senso sapere prima il confine tra lecito e illecito»²¹. È quanto emerge dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia, che attribuisce rilevanza al principio di colpevolezza non più soltanto nel suo contenuto minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui; ma lo fa ancora una volta in via indiretta, come necessario completamento della legalità/prevedibilità di cui all'art. 49²². E gli sforzi di quella dottrina che ha cercato di valorizzare in termini autonomi il principio *nulla poena sine culpa* non sono valsi a superare l'obiezione della difficoltà di attribuire al principio di colpevolezza la stessa dignità di diritto

colpevolezza non risulta uniforme, pertanto, non risulta possibile desumere dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri una generale validità del principio di colpevolezza», A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 58.

¹⁹ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., 363, il quale parla di una concretizzazione di ordine procedurale del principio *nulla poena sine culpa* e rileva, tra l'altro, la persistente intrinseca ambiguità e, correlativamente, il debole statuto ermeneutico della presunzione di innocenza quale fondamento del principio di colpevolezza in sede ermeneutica, non solo a livello legislativo ma anche alla luce delle decisioni della Corte di giustizia.

²⁰ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 375.

²¹ A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 47.

²² Per un recente approfondimento di questa giurisprudenza e di quella meno recente si rinvia a A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 47 ss., spec. p. 56, la quale riconosce che in una prima fase, sotto l'influenza della Corte EDU, la Corte di giustizia accoglie il principio della personalità della responsabilità penale nel suo contenuto minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui. Mentre, osserva ancora l'A., il principio di colpevolezza ha trovato una maggiore valorizzazione da parte della giurisprudenza dell'UE, quando si è trattato di applicare le sanzioni amministrative punitive nell'ambito particolare della concorrenza. Con riferimento alla giurisprudenza più risalente della Corte di giustizia, in linea con quella della Corte europea dei diritti dell'uomo e anteriore alla sentenza *Sud Fondi* (v. *postea* nel testo), la dottrina non poteva che constatare come la colpevolezza non potesse far parte dei diritti fondamentali, dato il mancato accoglimento del principio nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, cfr. G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa*, cit., 371.

fondamentale al pari degli altri diritti, che invece trovano riconoscimento espresso nella Carta di Nizza.

Alla luce di tutto ciò una conclusione appare inevitabile: alla colpevolezza non sembra possibile attribuire la stessa forza che è stata ad esempio riconosciuta alla proporzionalità della sanzione, che nella giurisprudenza della Corte di giustizia diventa criterio «dotato di effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri. Con la cruciale conseguenza che il giudice penale, nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, sarà tenuto a disapplicare discipline legislative nazionali, “seppur nei soli limiti necessari per consentire l’irrogazione di sanzioni proporzionate”»²³.

Peraltro, un tentativo di porre un argine a questa assenza della colpevolezza dalla Carta dell’UE viene da una Risoluzione del Parlamento europeo²⁴, che eccezionalmente menziona espressamente quello di colpevolezza fra i principi generali. Non solo nel preambolo, infatti, si afferma che il diritto penale dell’UE «deve poggiare sul principio di colpevolezza» (lett. J), ma al punto 4 si stabilisce che il Parlamento europeo, oltre a quello di sussidiarietà e proporzionalità, «riconosce l’importanza degli altri principi generali che regolano il diritto penale» e per primo si annovera «il principio della colpevolezza individuale (*nulla poena sine culpa*)», nel senso, si chiarisce, di «imporre ... pene soltanto per atti commessi intenzionalmente».

Un approdo, questo, che comunque non aiuta a superare i dubbi derivanti dal silenzio della Carta dei diritti in tema di colpevolezza, tanto più se si prende atto che, se permangono incertezze sul percorso intrapreso dalla Corte di giustizia per il riconoscimento del principio di colpevolezza, esse sono dovute anche all’influenza della Corte EDU. Il cammino “comunitario” a favore del principio in questione si interseca infatti con quello della Corte di Strasburgo, che risulta altrettanto incerto e non lineare²⁵.

²³ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce della recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 26 aprile 2022, p. 1; v. anche A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 109, la quale sottolinea come attraverso il principio di proporzione, espressamente menzionato nell’art. 49 della Carta dei diritti dell’UE e desumibile dall’art. 3 della Convenzione sui diritti fondamentali che proibisce pene inumane e degradanti, non possa non trovare riconoscimento anche il principio di colpevolezza, quale imprescindibile presupposto per la realizzazione della finalità rieducativa della pena. Infatti, «(s)olo una pena proporzionata alla colpevolezza sarà avvertita dal reo come giusta e meritata, predisponendolo positivamente alla rieducazione». Sulla necessità di una proporzionalità soggettiva, cioè di una pena proporzionata anche alla minor rimproverabilità del fatto per la presenza di patologie o disturbi significativi della personalità, che riducono la capacità di discernimento circa il disvalore della propria condotta e la capacità di controllo dei propri impulsi, cfr. Corte cost. n. 73/2020: «Il principio di proporzionalità della pena desumibile dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. esige ..., in via generale, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto ... in attuazione del mandato costituzionale di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.»; v., anche *postea*, sub nota n. 33.

²⁴ *Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell’UE in materia di diritto penale (2010/2310)*.

²⁵ Sottolineano come «il principio di colpevolezza – e in particolare il corollario rappresentato dal divieto di responsabilità oggettiva – sia probabilmente la garanzia penale meno valorizzata nella giurisprudenza di Strasburgo» e come anche nelle sentenze più recenti esso emerga «secondo una sagoma ancora parziale, e, in parte, sconnessa» V. MANES, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*,

Il che non sorprende, qualora si consideri la stretta connessione della Carta di Nizza con la Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, quanto a presunzione di innocenza, legalità e a proporzionalità delle pene. A sancire tale collegamento è lo stesso Trattato sul funzionamento dell'UE, che all'art. 6, dopo aver chiarito che l'Unione aderisce alla Convenzione (par. 2), dichiara che i «diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (par. 3). Ma a questi diritti non sembra appartenere quello sotteso al principio di colpevolezza, visto che nemmeno nella Convenzione il *nulla poena sine culpa* trova lo stesso espresso riconoscimento riservato invece alla presunzione di innocenza nell'art. 6, alla legalità e alla proporzionalità dei reati e delle pene nell'art. 7.

Tutto ciò trova conferma nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il cui panorama sul principio di colpevolezza, analogamente a quanto è dato riscontrare nella giurisprudenza "comunitaria", risulta «incerto, segnato da aperture talora significative ma parziali, inconcludenze teoriche e apparentemente drastiche chiusure, in un insieme che lascia non poche perplessità e difficoltà ai fini di una messa a sistema» del principio²⁶. Il riconoscimento del *nulla poena sine culpa* nell'ambito della presunzione di innocenza come corollario sostanziale di tale presunzione con la nota sentenza *Salabiaku* del 1988²⁷ è risultato, infatti, offrire una «variabile, talora fragile tutela del principio di colpevolezza», che continua a risentire di una certa ambiguità oscillando tra reato e processo. Da tale pronuncia ciò che viene con chiarezza sancito è che agli Stati parti non è impedito a determinate condizioni e in linea di principio punire sulla base di un'imputazione oggettiva del fatto. In questo arresto i giudici si limitano ad affermare che per la responsabilità penale non basta l'accertamento dell'elemento oggettivo, materiale del fatto di reato, ma è necessario anche verificare la sussistenza dell'elemento intenzionale, quando esso sia stato previsto fra gli elementi della fattispecie. Ma che, entro limiti ragionevoli (senza cioè scelte restrittive tali da privare l'imputato dei diritti di difesa e da risultare sproporzionate), possano essere presenti presunzioni di fatto o di diritto non viene escluso dalla Corte di Strasburgo²⁸.

Torino, 2020, p. 277; V., anche, A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2/2018, p. 60 ss., che rileva che si tratta di una «giurisprudenza nient'affatto lineare, i cui arresti tradiscono le difficoltà incontrate dai giudici strasburghesi nell'elaborazione del suddetto principio».

²⁶ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 392.

²⁷ Corte EDU, 7 ottobre 1988, *Salabiaku c. Francia*.

²⁸ La Corte, come osserva giustamente la dottrina, introduce così «una sorta di equipollenza funzionale di due nozioni distinte di colpevolezza: quella, sostanziale, di rimproverabilità e riferibilità psicologica per la violazione della norma incriminatrice e quella, processuale, di raggiunto accertamento della responsabilità per il fatto contestato, nelle forme previste dalla legge», E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 358. V., anche, G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, cit., p. 1339: «L'eloquenza di tali asserzioni sembra deporre nettamente per un disconoscimento del principio *nulla poena sine culpa* come diritto fondamentale garantito dalla Convenzione».

Peraltro, nemmeno la successiva e altrettanto nota decisione *Sud Fondi* del 2009²⁹ può essere considerata la canonizzazione a tutto campo del principio di colpevolezza, nonostante in essa si affermi la necessità di accertare sempre la presenza di «un legame di natura intellettuale» tra autore e fatto³⁰. La sentenza, appellandosi all'art. 7 CEDU, rappresenterebbe piuttosto «un più sobrio arricchimento del principio di legalità»³¹, «una timida costruzione ... di una colpevolezza slegata dalla presunzione di innocenza»³². In questi termini, come si è già visto a proposito del diritto penale eurounitario, la Corte elabora il principio di colpevolezza in termini complementari rispetto a quello del *nulla poena sine lege*, avendo i due principi in comune il fondamento garantistico della pretesa di prevedibilità/conoscibilità della legge e delle conseguenze penali di una determinata azione. Solo, infatti, se si pretende ai fini della responsabilità penale un legame di natura psicologica tra fatto e autore si valorizza il collegamento tra esigenze di prevedibilità della legge penale e imputazione soggettiva dell'illecito³³.

Tuttavia, anche questa presa di posizione lascia adito a qualche riserva, permanendo seri dubbi circa la portata da attribuire alle affermazioni in essa contenute, la perentorietà delle quali si rivela più apparente che reale. Se, infatti, una parte della dottrina vede nella sentenza *Sud Fondi* un irreversibile progresso verso la messa a sistema del principio di colpevolezza, che entrerebbe così a far parte del blocco di costituzionalità anche nell'ambito del diritto penale comunitario, data la stretta dipendenza del Trattato di Lisbona dalla Convenzione in fatto di diritti fondamentali (art. 6 TFUE)³⁴, altra dottrina ridimensiona invece il ruolo della decisione in esame. Per quest'ultima dottrina, infatti, la pretesa di un coefficiente psichico di collegamento del fatto all'autore andrebbe tradotta nel requisito minimo della coscienza e volontà, nella *suitas*; con il che la colpevolezza europea finisce con l'aver un contenuto ben più ristretto rispetto a quello che la stessa Corte costituzionale e la dottrina attribuisce alla colpevolezza alla luce dell'art. 27, co.1 Cost., prestandosi la prima a interpretazioni

²⁹ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*. Anche in questa vicenda la questione verteva sulla confisca urbanistica.

³⁰ Nel caso di specie, come è noto, ai fini di poter applicare la confisca pur in assenza di una condanna, essendosi il reato prescritto; sulla vicenda processuale si rinvia, fra gli altri, a G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, cit., p. 1344 ss. Sulla confisca senza condanna, v, da ultimo, C. Grandi, *Mutuo riconoscimento in materia penale e diritti fondamentali. Il nodo delle confische*, Torino, 2023, p. 175 ss.

³¹ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 380; D. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità*, cit., p. 1231.

³² A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, cit., p. 61.

³³ Per la valorizzazione del principio di colpevolezza attraverso il riconoscimento del principio di rieducazione nell'ambito del diritto europeo, così come a suo tempo riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale nella storica sentenza n. 364/1988, v. A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 102 ss.

³⁴ Cfr. A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 100, che parla di «portata rivoluzionaria in termini di riconoscimento del principio di colpevolezza della sentenza *Sud Fondi*»; V. MANES, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del "diritto penale europeo*, cit., p. 130, il quale ritiene che nel blocco di costituzionalità sia ormai da includere anche il principio del *nullum crimen* «arricchito da componenti di rimprovero soggettivo», almeno a partire dalle affermazioni della sentenza *Sud Fondi*.

ancora compatibili con forme di responsabilità oggettiva³⁵.

È quanto emerge dalle sentenze successive, come la *G. c. Regno Unito* del 2011³⁶, dove si afferma l'irrelevanza dell'*error aetatis* della vittima di abusi sessuali, in considerazione del fatto che l'età minore della persona offesa non rientrerebbe fra gli elementi essenziali del reato³⁷. Con la conseguenza che non ci sarebbe violazione del principio della presunzione di innocenza, art. 6 CEDU, in caso di condanna anche in assenza della prova della conoscenza dell'età da parte dell'imputato. La sentenza è stata accolta dalla dottrina come «una inequivocabile smentita dell'art. 6 CEDU quale fondamento della 'presunzione sostanziale' di innocenza, che ha travolto conseguentemente ogni connessa aspettativa garantista sul piano interno»³⁸.

Ma, ancora più significativo è l'arresto *Varvara c. Italia*³⁹, che una parte della dottrina denuncia apertamente essere un ritorno alla dimensione processuale della nozione di colpevolezza, secondo un «ragionamento ... (che) denota una concezione formalistica della garanzia accordata all'imputato»⁴⁰, come nella sentenza *Salabiaku*. Per la Corte del 2013, infatti, ciò che sembra contare è ribadire che non è possibile applicare una misura punitiva, come la confisca urbanistica, senza un accertamento formale della colpevolezza: a imporlo gli artt. 6, par. 2 e 7 CEDU. Mentre, sul piano sostanziale, la sentenza *Varvara* si sarebbe limitata, in un *obiter dictum*, a derivare dall'art. 7 CEDU un vero e proprio divieto di responsabilità per fatto altrui⁴¹.

³⁵ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 377 ss. V., anche, G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, cit., p. 1346 ss. sulla relazione tra il principio di colpevolezza e quello di legalità nella sentenza in questione.

³⁶ Corte EDU G. c. Regno Unito, 30 agosto 2011

³⁷ Come è noto, la nostra Corte costituzionale (Corte cost. n. 322/2007, cit.) ha da tempo superato tali posizioni, riconoscendo la centralità dell'età della persona offesa nella struttura dei reati sessuali e dando quindi rilievo scusante all'errore inevitabile su di essa da parte dell'autore del reato, con una sentenza interpretativa di rigetto dell'art. 609 *sexies*.

³⁸ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza* p. 370 s., il quale osserva che si tratta di «una pronuncia con cui deve prendersi atto di una chiara scelta di campo di Strasburgo in senso non garantista sul terreno della colpevolezza sostanziale» (citazione di p. 374); G. PANEBIANCO, *Il principio del nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, cit., p. 1340 ss.

³⁹ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁴⁰ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 384 s.; A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, cit., p. 63, che dal confronto fra la sentenza *Sud Fondi* e la *Varvara* conclude per un quadro che «non sembra essere dei più felici se analizzato in un'ottica di ricerca di posizioni d'avanguardia nella giurisprudenza di Strasburgo. Se la *Sud fondi* aveva per lo più entusiasmato i commentatori, l'inedito approdo in essa raggiunto sembra potersi dire, in realtà, adombrato dalla *Varvara*, la quale ha senz'altro tradito le aspettative di quanti volessero rinvenire nelle pronunce strasburghesi – anche sul fronte della colpevolezza – incontestabili sviluppi in materia penale».

⁴¹ Cfr. V. MANES, M. M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 278, per i quali questo sarebbe «l notevole merito» da riconoscere alla sentenza *Varvara*. Cfr. anche A. F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU*, cit., 63, la quale rileva come nella sentenza la disamina della Corte sembri votata al versante processuale; E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 380, secondo il quale la giurisprudenza successiva alla sentenza *Sud Fondi*, e in particolare la sentenza *Varvara*, costituirebbe una «rilettura (se non un rovesciamento)» della *Sud Fondi*; A. M. MAUGERI, «La sentenza *Varvara* sembra, quindi, rinnegare l'importante riconoscimento del principio di colpevolezza finalmente avuto con la sentenza *Sud Fondi*; si cita a sostegno un altro caso riguardante l'Italia, Valico S.r.l., in cui la

Un chiaro passo indietro, dunque, rispetto alla decisione *Sud Fondi*⁴², che testimonia come alla colpevolezza manchi ancora «un *ubi consistam*» nella giurisprudenza delle Corti europee e dal quale sarebbe derivata la «irrelevanza convenzionale del *nulla poena sine culpa*»⁴³. A nulla, infatti, sarebbero valse i tentativi visti di vincere siffatta irrilevanza operando, come ha fatto la Corte EDU, lungo la «duplice direttiva di “sostanzializzazione” dei parametri convenzionali impiegati, attinenti all’area processuale, e di una “processualizzazione” delle categorie penalistiche sostanziali coinvolte nelle situazioni normative da essa scrutinate»⁴⁴. E ciò, nonostante i tempi sembrassero ormai maturi perché si consolidasse a livello convenzionale, ma anche comunitario, l’idea della «autonomia e infungibilità concettuale propria della colpevolezza, quale elemento del reato (*nulla actio sine culpa*) rispetto ai diversi assiomi garantistici riconducibili alla sfera processuale ...»⁴⁵. A livello europeo è mancata dunque la consacrazione della colpevolezza a fondamento del rimprovero penale.

1.1. E nel diritto penale interno.

Sembra allora da condividere quella dottrina che ritiene che il modello europeo di imputazione penale sia decisamente meno garantista di quello nazionale, in particolare giurisprudenziale, se si considerano le perentorie affermazioni della nostra Corte costituzionale circa l’esigenza irrinunciabile della legalità della colpevolezza. Con esse la Corte fissa importanti e consolidate “linee guida”, come quella per il legislatore di prevedere imputazioni soggettive almeno colpose in relazione a tutti gli elementi

Corte ha concluso per la non violazione dell’articolo 7, laddove era stata inflitta una multa a una parte ricorrente che aveva commesso un reato senza dolo o colpa».

⁴² Secondo V. MANES, *Sugli approdi attuali del processo di costituzionalizzazione del “diritto penale europeo*, cit., p. 130, invece, la sentenza *Varvara c. Italia* avrebbe rinnovato le affermazioni della sentenza *Sud Fondi*, e queste affermazioni nemmeno la sentenza *G.I.E.M. e a. c. Italia* avrebbe smentito. Quest’ultima sentenza, secondo A. M. MAUGERI, *Verso la piena affermazione del principio di colpevolezza*, cit., p. 24 ss., offrirebbe «un’interessante interpretazione dell’apparente contrasto tra le due sentenze *Sud Fondi* e *Varvara*, nel senso che la lettura del principio di colpevolezza fornita nella sentenza *Sud Fondi* rappresenta la regola, mentre quella fornita da *Varvara* rappresenta l’eccezione». Peraltro, l’A. riconosce che la «sentenza *Varvara* e poi la *G.I.E.M.* ... rischiano di svilire la portata rivoluzionaria in termini di riconoscimento del principio di colpevolezza della sentenza *Sud Fondi*, ritornando alla precedente tradizionale posizione della Corte europea che ha sancito il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma senza riconoscere il principio di colpevolezza come diritto fondamentale e inderogabile» (citazione di p. 100).

⁴³ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 385, il quale giustamente rileva come questa conseguenza risulti priva di riflessi pratici, godendo il principio di colpevolezza nel nostro ordinamento di un elevato livello di riconoscimento e al quale si rinvia anche per la rilevanza che il principio ha trovato nella giurisprudenza CEDU in tema di concorso anomalo.

⁴⁴ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 356.

⁴⁵ E. COTTU, *Ambigua fenomenologia e incerto statuto del principio di colpevolezza*, cit., p. 393 s., che conclude che la «colpevolezza appare relegata al ruolo di garanzia nomade, vaga e vagante (e nei riferimenti normativi, e nel contenuto minimo); garanzia indubbiamente “minore” rispetto agli altri canoni penalistici europei, e cedevole, poiché destinata ad arretrare a fronte di una varietà indeterminata di istanze legislative (anche e soprattutto politico-criminali, più che di “principio”)».

significativi della fattispecie⁴⁶ ovvero quando stabilisce che per il giudice il principio di colpevolezza rappresenta un ineludibile canone ermeneutico⁴⁷.

Ma, seppure si tratti di vincoli costituzionali, anche nell'ambito della realtà interna non sempre essi vengono rispettati.

Al primo livello, quello legislativo, la legalità della colpevolezza viene infatti ancora infranta allorché si introducono ipotesi di imputazione dolosa per fatti colposi. Emblematica è la previsione di cui all'art. 609 *sexies* di una responsabilità a titolo di dolo nel caso di errore colpevole, evitabile, sull'età della vittima nell'ambito dei reati sessuali; disciplina, questa, come è noto, fatta propria dal legislatore in seguito agli interventi della Corte costituzionale a partire da quello del 1988 sull'art. 5 per vincere ipotesi di responsabilità oggettiva⁴⁸. Questi interventi segnano la strada al legislatore, che introduce nel sistema penale una sorta di terza tipologia di imputazione soggettiva, accanto a quella colposa e dolosa, che si emancipa però dai reali contenuti psichici, che nemmeno la dimensione normativa della colpevolezza, come riprovevolezza, consente di ignorare. Infatti, ad imporlo è il vincolo di realtà, per il quale la colpevolezza non può essere ridotta ad un puro giudizio normativo, privo di substrato empirico⁴⁹.

È quanto è dato da verificare, invece, anche a proposito della disciplina codicistica della ubriachezza volontaria o colposa, art. 92, co. 1, per la quale lo stato di incapacità, naturalistica, di intendere e di volere per effetto dell'assunzione di sostanze alcoliche non esclude né diminuisce l'imputabilità. Aperto rimane per la dottrina l'interrogativo circa «la misura di compatibilità tra dolo e colpa» e questa incapacità «e, di conseguenza, della conciliabilità dell'art. 92, co.1° ..., con il principio costituzionale di colpevolezza»⁵⁰. Si tratta infatti di una finzione legale di imputabilità, che, peraltro, non è in grado di assorbire i problemi in relazione all'elemento soggettivo e al suo accertamento, in particolare se, come si ritiene, l'agente risponderà del fatto a titolo di dolo o di colpa a seconda che il fatto sia stato concretamente commesso con dolo o con colpa⁵¹.

⁴⁶ Corte cost. n. 364/1988, cit.

⁴⁷ Corte cost. n. 322/2007, cit.

⁴⁸ Per l'errore sull'età della vittima, v. Corte cost. n. 322/2007, cit; sull'art. 5, v. Corte cost. n. 364/1988, cit.

⁴⁹ Come rileva attenta dottrina: «Per il diritto criminale/penale, il principio formale di legalità implica un vincolo di realtà, a tutto campo, nella individuazione della materia da regolare», D. PULITANO, *Il dubbio e il paradigma della certezza. Una ricognizione di problemi*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 2020, n. 2, p. 214. Cfr., anche, R. BARTOLI, *Dubbio e certezza nel diritto penale*, *ivi*, p. 231 s.: «Ebbene, la scienza penalistica non può prescindere dalla scienza empirica, non soltanto da un confronto con essa, ma addirittura da un utilizzo della stessa. Si potrebbe dire che la scienza penalistica sottostà a un vero e proprio "vincolo di realtà" e quindi a un "vincolo da scienza empirica" ...», per la ragione fondamentale che tale vincolo è imposto «da ineludibili esigenze di garanzia ... Se il carattere scientifico del sapere penalistico vincola alle conoscenze scientifiche fattuali nei termini di un confronto/tensione con le stesse, il carattere garantista vincola alla realtà nei termini stringenti di una eventuale subordinazione del potere alla verità della realtà scientifica ...»; M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2, 2014, p. 103 s.

⁵⁰ Così, fra gli altri, M. ROMANO, G. GRASSO, *Art. 92 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, p. 61.

⁵¹ In tal senso l'orientamento ormai consolidato di dottrina e giurisprudenza, per il quale si rinvia a M. ROMANO, *Art. 92 c.p.*, cit., p. 61, il quale conclude che «il *versari in re illicita* cui si ispira la norma finisce per

Ma il processo di emancipazione dai reali contenuti psichici del fatto di reato è ben presente anche nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Sono infatti le fattispecie giurisprudenziali di deformazione strutturale di istituti della colpevolezza, come il dolo, la colpa, l'imputabilità, ad esporre al rischio di soccombenza le concezioni della colpevolezza ancorate a un dato psicologico reale, effettivo. Ciò emerge ad esempio a proposito del dolo e non solo di quello eventuale, tanto da dover riconoscere ormai la presenza di un processo di normativizzazione del dolo, che in certi casi si traduce, come si vedrà, in una mera presunzione giurisprudenziale, che finisce con il sovrapporre pericolosamente il dolo alla colpa, rendendoli indistinguibili. In breve, alla dimensione fattuale, psicologica, si preferisce quella normativa, mentre entrambe sono parimente essenziali⁵².

Sicuramente una ragione di questa "smaterializzazione" dei contenuti psichici delle categorie dommatiche soggettive del reato è da rinvenire nella problematicità dell'accertamento in sede processuale di simili contenuti. L'accertamento dei fatti psichici è d'altra parte al centro di un acceso dibattito anche dottrinale, poiché dal loro accertamento dipende la sussistenza degli elementi già richiamati del dolo, della colpa, della capacità di intendere e di volere, nonché dell'elemento soggettivo del reato del non imputabile o del parzialmente imputabile per infermità mentale.

Proprio le difficoltà di verifica di tali elementi hanno favorito quel fenomeno della processualizzazione⁵³ di queste categorie fondamentali del reato, consentendo, come già anticipato, la normativizzazione dei loro contenuti⁵⁴.

Sono, dunque, esigenze di semplificazione probatoria in concreto dell'elemento a spingere la giurisprudenza ad introdurre presunzioni di sussistenza di contenuti sostanziali, garantistici, di fondamentali categorie psichiche. Queste presunzioni consentono, infatti, in sede processuale di ritenere provato l'elemento tipico, salvo prova contraria da parte dell'imputato. Ne consegue una pericolosa, sotto il profilo delle garanzie, inversione dell'onere della prova che esonera la pubblica accusa da gravosi impegni probatori dall'esito incerto. Così, ci si accontenta di coefficienti psichici di conoscibilità, tipici della colpa, per presumere la conoscenza effettiva, prima componente del dolo, mentre la conoscenza diventa sinonimo di volontà. Insomma, quando si tratta di colpa, dolo, imputabilità, i concetti di conoscibilità, conoscenza e volontà facilmente diventano sovrapponibili, interscambiabili, fungibili⁵⁵.

farla sconfinare talvolta in una ipotesi di responsabilità oggettiva, in sostanziale violazione del principio costituzionale di colpevolezza».

⁵² V. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 253.

⁵³ Più chiaramente, per processualizzazione si intende la modifica della struttura del reato per rendere più agevole la prova, che non è facilmente disponibile, della sussistenza in concreto dell'elemento, nel nostro caso, psichico, in proposito, cfr., ad es. A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affirmative defenses*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 253 s.

⁵⁴ Sul rischio di «svuotare la colpa soggettiva e il dolo in una colpevolezza normativa ... per motivi di facilitazione probatoria e, insieme, di prevenzione generale», v. M. DONINI, *La personalità della responsabilità. Una resa dei conti con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1577 ss.

⁵⁵ V. R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, in G. DE FRANCESCO – C. PIEMONTESE – E. VENAFA, *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 217 ss.

È il caso emblematico in cui in giurisprudenza si afferma a dimostrazione del dolo che l'imputato in quel contesto e per le sue caratteristiche personologiche non poteva non sapere. Qui la semplice conoscibilità, che è il contenuto tipico della colpa, incosciente, si trasforma nella conoscenza necessaria invece per la sussistenza del dolo; mentre la conoscenza che accompagna la colpa cosciente e il dolo eventuale diventa comunque volontà dolosa *tout court*. Insomma, in queste ipotesi si assiste ad una torsione dei concetti fondamentali di colpa, dolo ma anche di imputabilità, che mina le radici garantistiche del sistema penale.

Diversi sono questi casi.

A proposito della colpa possiamo ricordare la giurisprudenza che, essendo la previsione dell'evento già compiuta con la creazione della regola di condotta precauzionale, ritiene che nel concreto accertamento della colpa il giudice debba soltanto accertare la violazione della regola cautelare e non anche la prevedibilità dell'evento. E ciò, poiché, come si afferma, la «prevedibilità o l'imprevedibilità dell'evento sono elementi estranei alla nozione di colpa accolta dal codice penale, il quale per la sussistenza del reato colposo, richiede esclusivamente una condotta antigiuridica che si ricolleggi con un nesso eziologico all'evento dannoso, tanto che la colpa con previsione costituisce soltanto un elemento accidentale aggravante del reato»⁵⁶. Si confonde così la prevedibilità con la previsione, rinunciando ad un necessario «approfondimento del momento psicologico del soggetto, non essendo sufficiente la mera inosservanza involontaria del precetto normativo per qualificare la condotta come colposa»⁵⁷.

Ovvero, possiamo ancora ricordare la giurisprudenza che, pur discostandosi da questo orientamento, afferma tuttavia che questa prevedibilità non è in concreto, ma deve essere verificata in astratto⁵⁸, nel senso che per il giudice è sufficiente poter ricondurre l'evento in concreto verificatosi nel perimetro degli eventi astrattamente riconducibili alla norma, per la prevenzione dei quali essa è stata posta⁵⁹. Confondendo

⁵⁶ Cass. pen., 25 settembre 1990, n. 14434, in CED Cass., 185674; conf. Cass. 15 gennaio 1964, n. 38, CED Cass. 099139: «La prevedibilità dell'evento non è elemento essenziale della colpa, che non può quindi escludersi sotto il profilo della imprevedibilità».

⁵⁷ M. DI FLORIO, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa, 2020, p. 167.

⁵⁸ Cfr. Cass. 20 luglio 1971, n. 810, in CED Cass. 118825, per la quale «la prevedibilità deve riferirsi ad un tipo astratto di evento e non alle conseguenze più o meno gravi e dirette che possono derivare».

⁵⁹ Come rileva criticamente Cass. 17 maggio 2006, n. 4675, CED Cass. 235661, quella richiamata in materia di colpa è una giurisprudenza che elude il problema della prevedibilità dell'evento dannoso, prevedibilità che «si pone più specificamente sul versante soggettivo e la relativa valutazione deve prendere in considerazione l'evento in concreto verificatosi per accertare se questa conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire». Non basta dunque – precisa la Corte – «ricondurre la prevedibilità al concetto di mera rappresentabilità di un evento generico» del tipo di quello verificatosi. Infatti se è vero che «quando viene dettata una regola cautelare si formalizza un giudizio di prevedibilità di un evento dannoso», è altresì vero che «il problema da risolvere è proprio quello di individuare il perimetro entro il quale individuare gli eventi presi in considerazione dalla norma e, in particolare, se fosse in astratto prevedibile non un evento dannoso di qualsiasi genere, ma l'evento in concreto verificatosi (ed inoltre se questo evento fosse ricompreso tra quelli che, nella formazione della regola cautelare, si volevano evitare)».

così il piano oggettivo dell'individuazione dell'evento tipico, con quello soggettivo della sua prevedibilità.

Per quanto attiene ancora al dolo, aperto è l'interrogativo se sia vero che nel nostro ordinamento il dolo è sempre volontà e rappresentazione/conoscenza attuale del fatto tipico, visto che si assiste sempre più frequentemente alla trasformazione di questo elemento del reato da elemento psichico reale, come vorrebbe la concezione volontaristica, a coefficiente psichico solo potenziale secondo una concezione più normativa di esso, con il pericolo del passaggio dall'essere al poter e dover essere psichico che sono invece tipici della colpa. Come emerge emblematicamente in tema di errore sull'età della vittima minore di abusi sessuali. Se tale errore non rileva quando evitabile, come sancito per la prima volta dalla Corte costituzionale nel 2007⁶⁰, ai fini dell'esclusione del dolo, il contenuto di quest'ultimo non è più dato dalla conoscenza, ma dalla conoscibilità⁶¹.

In tal modo, accontentandosi di un dolo per così dire incompleto, si rinuncia all'effettiva volizione e rappresentazione del fatto in tutte le sue componenti⁶², rinuncia ricca di implicazioni agerantistiche, come le vicende e il dibattito in tema di dolo eventuale hanno significativamente evidenziato. Contro tali interpretazioni, che – come si è detto – svuotano di contenuti psichici il reato doloso, si è pronunciata la Cassazione a Sezioni unite, nella nota vicenda ThyssenKrupp⁶³, che richiama alla necessità ai fini della sussistenza del dolo, anche di quello diretto a maggior ragione, di non accontentarsi che l'agente potesse e dovesse sapere e dunque prevedere la realizzazione del fatto. Così argomentando, si trasforma, semplificando il compito del giudice, la prova del dolo in prova della colpa, che si ha quando, come è noto, al poter sapere e prevedere si accompagna il dover sapere e prevedere. Nella colpa, infatti, si imputa al soggetto di aver realizzato un fatto che non si doveva produrre, mentre nel dolo lo si rimprovera di aver voluto un fatto che non si doveva volere. Con la conseguenza che, nel caso della imputazione dolosa di un fatto in cui non tutti i suoi elementi significativi sono coperti dal dolo, se il principio di colpevolezza viene rispettato nel suo contenuto minimale della sussistenza comunque di un effettivo legame psichico con il fatto ai fini dell'*an* della responsabilità penale, nello stesso tempo quel principio viene violato sotto

⁶⁰ Corte cost., n. 322/2007, cit. A proposito della sentenza, osserva puntualmente M. DONINI, *La personalità della responsabilità*, cit., p. 1605 che «non si trattava di *error iuris*, ma di *error facti*, che normalmente esclude il dolo e dunque lascia la pena solo se c'è colpa e il fatto è previsto come reato colposo, mentre i reati sessuali sono solo dolosi. E allora tutti abbiamo capito che *non era in gioco una nuova dogmatica, ma in primis una nuova politica criminale che però chiama dolo la colpa relativa a un elemento del fatto*».

⁶¹ R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, cit., p. 225.

⁶² Con la possibile conseguenza sul fronte sanzionatorio di «una irragionevole sproporzione tra misura della pena e grado della colpevolezza», così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, Milano, 2023, p. 466 ss, ai quali si rinvia per una esemplificazione di questi casi. Per una recente lettura dell'art. 117 c.p. secondo Costituzione, v. Cass. pen. 31 gennaio 2019, n. 25390, CED Cass. 276804, che interpreta la fattispecie del concorso di persone nel reato proprio richiedendo che l'ignoranza della qualifica dell'*intraneus* da parte del concorrente estraneo sia dovuta quantomeno a colpa.

⁶³ Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, CED Cass. 261105.

il profilo del *quantum* della responsabilità, poiché la pena inflitta non risulta proporzionata alla colpevolezza del fatto in concreto realizzato⁶⁴.

2. Reati d'impresa e dolo.

Che di questa pregnante componente volontaristica del dolo la giurisprudenza non tenga sempre nel dovuto conto emerge emblematicamente in tema di reati fallimentari. Succede infatti che, affrontando questioni di dolo del reato di bancarotta fraudolenta, la giurisprudenza non verifichi se tutte le circostanze oggettive che possono essere considerate indizi univoci dell'esistenza della componente conoscitiva fossero effettivamente conosciute dall'agente in concreto. Come rileva la dottrina, «si evita di compiere il passaggio successivo riguardante la spiegazione se l'imputato abbia effettivamente acquisito gli elementi in presenza dei quali si ritiene sussistente la componente psichica»⁶⁵.

A tale proposito merita richiamare le ipotesi di responsabilità dei soggetti apicali, in particolare amministratori e sindaci societari per mancato impedimento del reato da altri realizzato. Così si riconosce di questi soggetti una responsabilità concorsuale nei reati di bancarotta fraudolenta, patrimoniale e documentale, in ragione di «una "valida presunzione" della volontà di distrarre o impedire la ricostruzione del patrimonio, rispettivamente nei casi in cui non sia possibile rinvenire beni e valori societari all'attivo fallimentare oppure la contabilità sia tenuta in modo caotico, salvo che l'imputato fornisca una rigorosa prova contraria»⁶⁶.

Si tratta dunque di una presunzione giurisprudenziale di dolo criticata in dottrina⁶⁷, ma che viene sostenuta dalla giurisprudenza, quando si accontenta per la prova del dolo nel delitto di bancarotta fraudolenta del «mancato rinvenimento, all'atto della dichiarazione di fallimento, di beni e valori societari»⁶⁸, accadimenti, questi, come si osserva giustamente, che possono «trovare giustificazione ... in una varietà di scopi antagonisti con la deliberata aggressione alla garanzia disponibile». Essi quindi «si rivelano dati materiali non conclusivi ai fini di un compiuto sviluppo della prova della volontà di frode»⁶⁹. Ovvero quando in una più recente decisione si ritiene che sia

⁶⁴ Cfr., da ultimo, M. L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit. p. 405 ss. La questione si pone negli stessi termini a proposito del concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p. Della legittimità costituzionale della disposizione secondo la lettura adeguatrice offerta dalla Consulta con una sentenza interpretativa di rigetto (Corte cost. n.42/1965) non sembra comunque dubitare la Cassazione (Cass. pen. 8.1.2010, n. 283, CED Cass. 245205), che ha dichiarato infondata l'eccezione di costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 27 della Costituzione dell'art. 116 c.p.

⁶⁵ R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche: volontà, conoscenza, conoscibilità*, cit., p. 225.

⁶⁶ A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie*, cit., p. 252.

⁶⁷ M. PIERDONATI, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, in N. PISANI, *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, p. 187 ss.; v., anche, A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie*, cit., p. 250 ss.

⁶⁸ Cass. 10 giugno 1998, n. 2876, in *DeJure*.

⁶⁹ M. PIERDONATI, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, cit., p. 190.

sufficiente ad integrare il dolo, sia diretto che eventuale, del reato di bancarotta fraudolenta dell'amministratore formale «la generica consapevolezza, pur non riferita alle singole operazioni, delle attività illecite compiute dalla società per il tramite dell'amministratore di fatto», desumendosi tuttavia la prova del dolo «dalla dichiarata conoscenza della indisponibilità di un magazzino a fronte di un elevato fatturato»⁷⁰.

La giurisprudenza, dunque, come osserva condivisibilmente la dottrina a commento di quest'ultima sentenza, soprattutto in contesti a base illecita, sembra propensa per una «concezione del dolo che, all'estremo, comporta la sua riduttiva oggettivizzazione a paradigma normativo-sociale che si colloca in continuità scalare rispetto alla colpa. Il prodotto di risulta è un dolo inteso come eventuale consapevolezza circa il significato antisociale della condotta, sotto il profilo del "mancato rispetto della struttura normativa della società", e quindi della "conoscenza dell'illiceità"»⁷¹. Non si può non osservare come da siffatta propensione derivi «la sostituzione dei coefficienti psicologici effettivi con un esasperato normativismo...»⁷². Tutto ciò sulla base di massime d'esperienza, di generalizzazioni del senso comune che dovrebbero, invece «semplicemente indirizzare, e non ultimare, il procedimento di verifica, il quale ben potrebbe divergere – da "ciò che di regola accade" – nella *situazione concreta*»⁷³.

Contro risibili presunzioni si è peraltro pronunciata la giurisprudenza che afferma che può costituire una valida presunzione della dolosa distrazione di beni il mancato rinvenimento di beni o valori all'atto del fallimento, solo se «sia accertata la previa disponibilità, da parte dell'imputato, di detti beni o attività nella loro esatta dimensione e al di fuori di qualsivoglia presunzione»⁷⁴.

Presunzioni di dolo, ancora in tema di reati d'impresa, si riscontrano anche a proposito della responsabilità *ex art. 40, co. 2* dell'amministratore di società per azioni, anche se privo di delega gestoria, quando la giurisprudenza non solo riduce il dolo a quello eventuale, ma lo ritiene accertato, se l'accusa prova la mera presenza e percezione da parte degli imputati «di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito, nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi»⁷⁵. Questi segni perspicui sono i c.d. segnali d'allarme, contestati da quella dottrina che osserva come per questa giurisprudenza il manifestarsi di segnali d'allarme aventi carattere oggettivo, come la presenza di particolari anomalie nella tenuta dei libri contabili o falsità nel bilancio, comportamenti, data la posizione di amministratore o di sindaco, che il soggetto non poteva non sapere⁷⁶. Con la conseguenza per questa prassi che la «prova del segnale di allarme è la prova del dolo, salvo prova contraria da parte dell'imputato»⁷⁷. Non solo

⁷⁰ Cass. pen., 24 settembre 2020, n. 32413, in CED Cass., 279831.

⁷¹ G. MINICUCCI, *Dolo eventuale e bancarotta – Sul dolo di bancarotta dell'amministratore apparente*, in *GI*, 2021, p. 1473.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ M. PIERDONATI, *Bancarotta fraudolenta e presunzioni di dolo: il controllo sulla motivazione delle sentenze*, cit., p. 195.

⁷⁴ Cass. pen., 17 giugno 2010, n. 35882, in CED Cass. 248425.

⁷⁵ Cass. pen., 28 aprile 2009, n. 21581, in *Dejure*.

⁷⁶ R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche*, cit., p. 225.

⁷⁷ P. ASTORINA, *L'accertamento del dolo. Determinatezza, normatività e individualizzazione*, Torino, Giappichelli,

dunque occorre registrare, come fa attenta dottrina, una «degradazione della conoscenza attuale in mera conoscibilità» dei fatti illeciti, ma, soprattutto, occorre rilevare che «non si dà conto della stessa percezione soggettiva di eventuali elementi sintomatici di possibili illeciti»⁷⁸, la cui valenza viene quindi interpretata in chiave meramente oggettiva.

Ma la teoria dei segnali d'allarme è criticata anche dalla giurisprudenza che riconosce che non è sufficiente la presenza di questi segnali, di questi dati, da cui desumere un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio del verificarsi di detto evento, «ma è necessario che egli (l'amministratore) ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo»⁷⁹. E, ancor più incisivamente, si afferma che «occorre che il dato indicativo del rischio di verifica (del "segnale d'allarme" per intendersi) dell'evento stesso non sia soltanto conosciuto, ma è necessario che l'amministratore se lo sia in effetti rappresentato come dimostrativo di fatti potenzialmente dannosi, e non di meno sia rimasto deliberatamente inerte»⁸⁰. Per questo orientamento è dunque necessaria la prova dell'effettiva conoscenza di quegli eventi e della volontà di non attivarsi. Solo così, d'altra parte, è possibile pervenire ad un giudizio, che, in quanto attento alle circostanze del caso concreto, risulta essere effettivamente di individualizzazione, come il principio di colpevolezza impone.

Peraltro, si precisa in altra sentenza, che tale conoscenza può anche essere quella di segnali di allarme «inequivocabili dai quali desumere l'accettazione del rischio – secondo i criteri del dolo eventuale – del verificarsi dell'evento illecito e, dall'altro della volontà – in guisa di dolo indiretto – di non attivarsi per scongiurare detto evento»⁸¹. In tale ottica, è bene chiarire – come fa la dottrina⁸² – che «la crescente necessità, per il rispetto del precetto penale, specie in settori ad alta densità tecnica, di specifiche conoscenze nomologiche, dovrebbe condurre comunque, affinché si abbia un accertamento del dolo realmente individualizzato, a integrare il tema di prova con la verifica positiva che il soggetto possedesse quelle conoscenze che, salvo la presunzione di un bagaglio minimo senza il quale la funzione di garanzia non può nemmeno darsi, rendevano possibile la percezione dell'eventuale segnale d'allarme».

Queste osservazioni si rivelano utili anche per affrontare questioni di individualizzazione del dolo e di segnali di allarme, sempre nell'ambito dei reati economici, a proposito delle condotte dolose di *manager* che presentano particolari tratti di personalità tali da spingerli ad assumere spregiudicate strategie d'impresa, rivelatesi poi scelte scellerate e criminali per le conseguenze pregiudizievoli per la stessa compagine societaria, ma anche e soprattutto per l'intera collettività, come diverse vicende societarie di questi ultimi anni hanno dimostrato.

2018, p. 20.

⁷⁸ R. BARTOLI, *La prova delle componenti psichiche*, cit., p. 225.

⁷⁹ Cass. pen., 5 dicembre 2012, n. 23000, in CED Cass. 256939.

⁸⁰ Cass. 8 giugno 2012, n. 42519, in *Dejure*.

⁸¹ Cass. pen., 9 marzo 2018, n. 14783, in *Dejure*.

⁸² P. ASTORINA, *L'accertamento del dolo*, cit., p. 333.

Proprio alla luce di queste vicende, da qualche anno anche in Italia, si studia la personalità di coloro che operano nelle aziende, in particolare se ai vertici, poiché essa può significativamente e negativamente influenzare le strategie e le politiche d'impresa, quando tale personalità presenta i tratti della c.d. triade oscura: tratti di narcisismo, macchiavellismo e psicopatia. Da queste caratteristiche personologiche derivano fattori comportamentali come la propensione al rischio, la scarsa capacità di autocontrollo, la mancanza di empatia e di rimorso, il desiderio del successo ad ogni costo, la deresponsabilizzazione.

Affidarsi per la prevenzione del reato in azienda a teorie come quella dei segnali di allarme può infatti rivelarsi insufficiente e addirittura un fallimento sotto il profilo della valutazione dell'elemento psicologico alla luce della personalità del reo nei confronti di questi *manager* dalla personalità così disturbata, poiché per loro e in particolare per lo psicopatico aziendale sono presenti tutti questi fattori che rappresentano le motivazioni principali al comportamento deviante. Comportamento che, se alla luce di una mente "normale" non avrebbe mai dovuto essere tenuto, alla luce di quella del *manager* psicopatico tale comportamento era inevitabile, al punto da perseguirlo con tale perseveranza da far dubitare dello stato mentale del soggetto che lo ha tenuto. Questo perché gli indicatori, i segnali di allarme, che appaiono univoci e chiari ai più, possono non essere percepiti come tali dallo psicopatico aziendale, al quale per l'accertamento del dolo eventuale anche la teoria dell'accettazione del rischio, come anche la (prima) formula di Frank, potrà essere applicata con difficoltà.

Quanto alla prima, si è detto che una caratteristica fondamentale del delinquente economico con tratti di machiavellismo e/o di psicopatia è proprio di amare il rischio e non solo di accettarlo, ma anche di ricercarlo. Ed è giusto con riferimento a questi soggetti che è più facile incorrere nell'errore di interpretare questo dato psicologico come consenso all'evento dannoso o pericoloso, nei termini – come ancora sostiene la Cassazione⁸³ di «determinazione di orientarsi verso la lesione o l'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice». L'accertamento di questo consenso nella materia in esame si rivela invece quantomai ineludibile ai fini della configurabilità del dolo, se si considera che, quando sono presenti anche tratti di narcisismo, è più probabile che l'autore economico, confidando nella propria esperienza e professionalità, abbia agito nella convinzione, seppure erronea, che l'evento offensivo, pur previsto, non si sarebbe comunque prodotto in concreto.

Quanto poi alla formula di Frank, secondo la quale, come è noto, per la configurabilità del dolo (eventuale) occorre verificare che il soggetto avrebbe agito ugualmente, nonostante la certezza del verificarsi dell'evento offensivo, essa è sembrata particolarmente adatta per il dolo del *white-collar offender*, una volta integrata dal criterio delle conseguenze negative per l'agente, nel senso che la verifica che dalla condotta stessa sarebbero derivate conseguenze dannose per lo stesso agente sarebbe la prova della mancata volizione dell'evento offensivo e quindi dell'assenza di dolo. Ma l'impianto cognitivo dell'autore economico non è così lineare, così razionale se sono

⁸³ Cass. pen., 8 giugno 2012, cit.

presenti i tratti di personalità finora evidenziati, che abbiano viziato il percorso motivazionale dell'agente. Da qui la necessità, ancora una volta, di una valutazione particolarmente attenta anche alle caratteristiche personologiche dell'agente concreto per accertamenti più affidabili di dolo. Infatti, una scelta che ad un osservatore esterno potrebbe sembrare talmente irresponsabile per le ricadute negative sullo stesso decisore da far ritenere che quest'ultimo non l'avrebbe assunta se avesse saputo di esse, può invece comprendersi alla luce del fatto che l'autore del reato, stanti le sue caratteristiche personologiche, non ha desistito dal tenere comportamenti gravemente pregiudizievole per sé e per la società, nonostante la piena consapevolezza della loro dannosità. Nel primo caso non può discutersi di dolo, in quest'altro sì.

Ma, delle caratteristiche personologiche occorre tenere conto anche ai fini della misura soggettiva della colpa, come diligenza pretendibile sulla base delle caratteristiche dell'agente concreto⁸⁴. Come si osserva infatti di recente in dottrina, i fattori di carattere

⁸⁴ Cfr. nella dottrina specialistica, L. SAMMICHELI, G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 2, 2015, p. 275, nota n.7, i quali chiariscono che ad un coefficiente di "psicologizzazione" della colpa non si potrebbe comunque rinunciare se solo si richiama il concetto di *arousal*: «l'atteggiamento psichico rimproverabile starebbe proprio nella mancanza di compimento di quello specifico *atto psichico* che è l'aumento dello stato attentivo». Dalla mancanza di tale atto psichico «deriverebbero per esempio i comportamenti *colpevoli* in quanto *negligenti*. L'*arousal* (da intendersi come livello attentivo di base sottoposto al controllo cosciente) è *psichico* tanto quanto la volontà, anzi si può dire che ne è il presupposto fondamentale». Questo dato empirico non comporta, tuttavia, un ritorno a una pura concezione psicologica della colpa come mero deficit attentivo. Imperniare la nozione di colpa su quest'ultimo, che rinvia a una diligenza interna meramente psicologica, comporterebbe infatti il rischio della obliterazione della dimensione normativa, con cui inevitabilmente il giudice si deve confrontare, rappresentata dalla violazione di regole cautelari. Per una sintesi recente del dibattito in proposito, la ricostruzione del quale esorbita dall'economia del presente lavoro, si rinvia a M. DI FLORIO, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, cit., p. 159 ss. e ivi la bibliografia, a proposito anche del contributo euristico che le neuroscienze possono offrire per accertamenti individualizzati in tema di misura soggettiva della colpa e di dolo (p. 115 ss.); a riguardo, v. anche C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, p. 189 ss, spec. 238 ss.; M. BERTOLINO, *Prove neuropsicologiche di verità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2013, nonché D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, Jovene, *passim*; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019, *passim*. Esprime un certo scetticismo sugli apporti delle neuroscienze nell'indagine della componente volontaristica del dolo, M. T. Filindeu, *Neuroscienze ed elemento psicologico del reato: considerazioni in tema di dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 601 ss., spec. 623 ss. e ivi la bibliografia, in considerazione del fatto che tali scienze non sono in grado di spiegare i processi motivazionali alla base della decisione dolosa. Osserva l'A che l'«analisi delle ragioni della condotta – da non confondere con la verifica delle cause materiali – implica un'attività di interpretazione "nel significato che può aver avuto per l'agente nella "forma di vita" in cui è immerso e che lo definisce" ... Le neuroscienze si collocano su un piano differente: esse investigano sulle cause naturalistiche di un dato fenomeno». Non bisogna, dunque, si conclude, cadere nell'equivoco di identificare le "ragioni" con le "cause", e di lasciare quindi «alle neuroscienze il compito di tracciare la nuova fisionomia del dolo». Una scelta di tal genere, infatti «sembra trascurare come la comprensione della dialettica fra processi neurali e relazioni interpersonali esiga una spiegazione su più livelli». Sull'importanza di spiegare le ragioni della condotta ai fini dell'accertamento del dolo, v. da ultimo, R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, Edizioni ETS, 2020, p. 239 ss. e ivi la bibliografia, per la quale le neuroscienze non risolvono la questione della dimensione naturalistica del dolo, bensì la pongono in termini in parte nuovi. In tale prospettiva, l'A. ritiene che la «ripercussione minima del dato neuroscientifico ... sta nella presa d'atto dell'esistenza della volizione come carattere distintivo di *talune*

psico-soggettivo e dunque quei fattori che fanno luce sulla situazione personale del soggetto agente, indubbiamente «incidono anche sulla realizzazione, se vogliamo, ordinaria di un reato, la quale non è certo avulsa dal contesto psicologico e sociale in cui si colloca. Saranno forse fattori, per quanto se ne può comprendere, non irresistibili, e rispetto alla loro operatività potrebbe avere inciso una pre-colpevolezza: ma, certamente, contribuiscono a spiegare il reato posto in essere, offrendo elementi che appare illogico ignorare se si vuole che la pena risponda davvero al dettato dell'art. 27, terzo comma della Costituzione ...»⁸⁵.

Peraltro, le componenti personologiche che rimandano alla sfera psichica, nonché emotiva del soggetto, sollecitano l'attenzione anche della giurisprudenza, anche di quella della Corte costituzionale. Richiama queste componenti, infatti, una recente pronuncia della Consulta, allorché riconosce che il *quantum* di disvalore soggettivo del fatto «dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa)», ma anche da quei fattori, fra i quali si collocano «in posizione eminente le patologie o i disturbi significativi della personalità», la cui eventuale presenza influisce «sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile»⁸⁶.

A questi fattori si appella altresì una recente pronuncia di merito⁸⁷, che ha fatto peraltro molto discutere. In questa sentenza di condanna per l'omicidio di una donna per motivi di gelosia ad opera del partner, la Corte concede all'imputato le attenuanti generiche in ragione del fatto che egli avrebbe agito sotto l'effetto di una «soverchiante tempesta emotiva e passionale», provocata dalla gelosia, così come diagnosticata dal perito, che tuttavia concludeva per la piena capacità di intendere e di volere dell'imputato⁸⁸. In considerazione di ciò e alla luce dell'art. 90 c.p. che stabilisce che gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità, la Corte confina la rilevanza dello stato emotivo nell'ambito della commisurazione della pena, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza, per il quale quello «delle circostanze costituisce evidentemente il più moderato e marginale livello di rilevanza delle alterazioni emotive nel sistema penale» italiano⁸⁹.

azioni: conferma rinvenibile, si intende, nella misura in cui tale *esistenza* possa essere desunta dal corrispettivo attivarsi di specifiche aree cerebrali e dalla circostanza che le stesse *non* si attivino in corrispondenza di *qualsivoglia* azione» (p. 152).

⁸⁵ L. EUSEBI, *Complessità psicologica delle condotte umane e sistema sanzionatorio penale*, in *DPU*, 22 settembre 2021, p. 5, richiamando il libro di D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*, cit., al quale ultimo si rinvia per ulteriori approfondimenti e per la bibliografia.

⁸⁶ Corte cost. n. 73/2020.

⁸⁷ [Corte d'assise d'appello di Bologna, 14 novembre 2018](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2019.

⁸⁸ Sulla sentenza v. M. DOVA, *Eccessi emotivi e responsabilità penale: la controversa sentenza della Corte d'assise d'appello di Bologna*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2019; dello stesso v. *La tempesta emotiva e il giudice cartesiano*, in *Sistema penale*, 27 maggio 2020, a proposito della sentenza di Cass. 8 novembre 2019, n. 2962, *ivi*, che rinvia ad altro giudice per la verifica della concessione delle attenuanti generiche, in quanto ritiene la relativa motivazione per un verso contraddittoria, per altro verso illogica e apodittica, in particolare, non avendo il giudice di merito chiarito se e come la componente emotiva della gelosia avesse influito sul processo motivazionale, «condizionando la capacità dell'imputato di reagire e di controllare i freni inibitori».

⁸⁹ Cfr. M. Dova, *Eccessi emotivi e responsabilità penale*, cit., p. 3, il quale rileva come si tratti di turbamenti

3. Dei controversi rapporti fra imputabilità e colpevolezza.

Ma, se, come è emerso, le caratteristiche personologiche, compresi i fattori psico-emotivi, rappresentano un parametro da non sottovalutare, per il ruolo che esse svolgono nella formazione della volontà colpevole, la problematicità del confronto con tali caratteristiche dell'autore al fine di verificare l'elemento soggettivo del reato si manifesta in tutta la sua portata, quando si tratta di caratteristiche tali da pregiudicare la capacità di intendere e di volere del reo. Sul terreno dell'imputabilità penale, infatti, a proposito della colpevolezza dolosa o colposa del totalmente o parzialmente infermo di mente si fronteggiano teorie di segno opposto, già a proposito dei rapporti fra colpevolezza e imputabilità.

Partendo infatti dalla affermazione di un rapporto di assoluta indipendenza tra l'imputabilità e il reato, «nel senso che il reato è configurabile indipendentemente dalla capacità di intendere e di volere del suo autore», si conclude per «la piena autonomia tra le nozioni di imputabilità e colpevolezza»⁹⁰. Al punto da affermare che «anche quando è stato commesso da soggetto non imputabile, il reato esiste, e non solo nella sua materialità, ma anche nell'elemento della colpevolezza e va considerato, nella sua obiettività, come se fosse stato commesso da persona capace di intendere e di volere, e quindi discernendo non soltanto gli elementi per la qualificazione del dolo o della colpa, ma anche tutte le circostanze aggravanti o attenuanti che abbiano incidenza sull'entità del reato stesso...»⁹¹.

Questa impostazione, che nega che l'imputabilità sia un presupposto della colpevolezza, contraddice peraltro la collocazione sistematica dell'imputabilità all'interno della struttura del reato operata dalla nota sentenza delle Sezioni unite della Cassazione del 2005⁹². Le Sezioni affermano infatti che «l'imputabilità non si limita ad essere una “mera capacità di pena” o un “semplice presupposto o aspetto della capacità giuridica penale”, ma il suo “ruolo autentico” deve cogliersi partendo, appunto, dalla teoria generale del reato; ed icasticamente si chiarisce al riguardo che, “se il reato è un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole e la colpevolezza non è soltanto dolo o colpa ma

emotivi che in altri ordinamenti, come quelli ad es. di Germania, Austria e Svizzera, «producono effetti “a tutto campo”, quindi ben oltre la commisurazione della pena». In una prospettiva di valorizzazione della componente emotiva del processo motivazionale alla base del comportamento umano anche nell'ambito del diritto penale l'A. ricorda che quello «delle circostanze è il livello minimo di riconoscimento dei meccanismi d'interazione tra cognizione ed emozione. Si potrebbe (e dovrebbe) andare oltre alla rilevanza meramente circostanziale, nella quale il gioco del bilanciamento rischia di far evaporare il faticoso ingresso della dimensione emotiva nel diritto penale. Si potrebbe riflettere sul più generale impatto di quest'ultima sulla colpevolezza, superando quel marchio di ingestibile soggettivismo e, conseguentemente, di pericoloso indulgenzialismo che è storicamente legato all'universo delle emozioni». Cfr. anche D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta*. cit., p. 1 ss.

⁹⁰ Cass. pen., 14 ottobre 2010, n. 40808 in *DeJure* e più di recente, Cass. pen. 27 aprile 2023, in CED Cass. 284502.

⁹¹ Cass. pen., 20 gennaio 2021, n. 2385, in *Pluris*.

⁹² Cass. Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit.

anche, valutativamente, riprovevolezza, rimproverabilità, l'imputabilità è ben di più che non una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto"; essa, dunque, non è "mera capacità di pena", ma "capacità di reato o meglio capacità di colpevolezza", quindi, nella sua "propedeuticità soggettiva rispetto al reato, presupposto della colpevolezza", non essendovi colpevolezza senza imputabilità».

Si valorizza così l'imputabilità secondo una concezione normativa della colpevolezza che ne esalta il ruolo garantistico sia a livello di principio costituzionalmente sancito, sia quale categoria del reato, sia infine quale criterio di commisurazione. Tale concezione risulta ormai dominante nella dottrina, che iscrive l'imputabilità nel panorama della colpevolezza-categoria dommatica del reato fra gli elementi o i presupposti di quest'ultima e dai quali dipende la possibilità di muovere un rimprovero al soggetto⁹³.

Un tentativo in tal senso è peraltro fatto da quella giurisprudenza⁹⁴ che, pur non mettendo in dubbio che «le classificazioni giuridiche operino, formalmente, su piani tra loro diversi ... (una cosa è l'imputabilità intesa come condizione di fondo della persona, altra è l'attribuzione psichica del fatto al suo autore materiale secondo i parametri del dolo o della colpa ...)», riconosce che è altrettanto indubbio che «si tratta di piani che vivono, sul terreno fenomenico e di analisi delle rispettive componenti, una costante interrelazione, non potendosi certo ignorare che la alterazione dei processi cognitivi (incapacità di intendere, totale o parziale che sia) porta alla realizzazione di condotte umane non sostenute da effettiva capacità di discernimento e selezione, dunque il dolo inteso come volontà del risultato è naturalisticamente sussistente ma viziato nel suo momento genetico di rappresentazione così come l'alterazione dei processi volitivi porta alla realizzazione di condotte solo naturalisticamente sorrette da un coefficiente psichico di volontà dell'evento (volontà viziata da assenza di reali freni inibitori derivante dalla alterazione del volere)». Per arrivare a concludere – da parte di altra giurisprudenza - che solo nei confronti di soggetti dotati della capacità di percepire il disvalore del fatto commesso e di recepire il significato del trattamento punitivo, «può concretamente parlarsi di colpevolezza»⁹⁵.

A indirizzare in tal senso sono anche le considerazioni che ancora le Sezioni unite fanno a proposito del nesso eziologico fra infermità mentale e reato, quale condizione imprescindibile per dare rilievo scusante al disturbo mentale. Tale nesso si appalesa necessario anche per verificare «le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto ed ipotetico, ma reale ed individualizzato, in specifico riferimento, quindi, alla stessa sfera di possibile, o meno, autodeterminazione della persona cui quello specifico fatto di reato medesimo si addebita e si rimprovera; e consente, quindi, al giudice – cui solo spetta il

⁹³ Cfr. nella manualistica, ad es. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PtG, Bologna, Zanichelli, 2019, p. 343 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, PtG, Milano, Giuffrè, 2021, p. 372 s., 460.

⁹⁴ Cass. pen., 8 marzo 2016, n. 17606, in CED Cass., 267714.

⁹⁵ Cass. pen., 21 dicembre 2020, n. 36812, in *DeJure*.

definitivo giudizio al riguardo – di compiutamente accertare se quel rimprovero possa esser mosso per quello specifico fatto, se, quindi, questo trovi, in effetti, la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale (anche per la sua, eventuale, possibile incidenza solo “settoriale”), che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta: il tutto in un’ottica, concreta e personalizzata, di rispetto della esigenza generalpreventiva, da un lato, di quella individualgarantista, dall’altro»⁹⁶.

Ma, nonostante queste chiare indicazioni delle Sezioni unite, la giurisprudenza prevalente continua a seguire l’orientamento contrario che, peraltro, autorevole dottrina giudica di per sé non errato, ma comunque riduttivo, perché non valorizza il rapporto sostanziale fra imputabilità e reato dalla prospettiva costituzionale⁹⁷.

4. Uno sguardo oltre confine.

Il disorientamento dottrinale e giurisprudenziale registrato a proposito dell’imputabilità nei suoi rapporti con la colpevolezza sembra superato in quegli ordinamenti, dove già il legislatore risulta orientato a riconoscere uno stretto legame fra le due categorie dommatiche. Così è nel codice penale tedesco, nei cui parr. 20 e 21, a seguito della riforma del 1975⁹⁸, l’imputabilità da capacità di imputazione penale (*Zurechnungsfähigkeit*) diventa capacità di colpevolezza (*Schuldfähigkeit*). Il par. 20 dello StGB recita infatti che «ohne Schuld handelt» chi al momento del fatto soffriva di un disturbo psichico rientrando fra quelli ivi previsti.

È stato un passaggio importante, che ha chiarito che per il giudizio di colpevolezza è necessario che l’agente non soffra di un disturbo tale da impedirgli di comprendere l’antigiuridicità del fatto e di agire secondo tale comprensione. Se da questo punto di vista, la capacità di cogliere l’antigiuridicità del fatto significa anche conoscenza del divieto (*Verbotkenntnis*), il legame con la colpevolezza diventa ancora più stretto, tanto che in dottrina si afferma che il par. 20 getta un ponte con il par. 17, che disciplina appunto l’errore sul precetto penale⁹⁹. E, infatti, la mancanza della capacità di cogliere l’antigiuridicità del fatto, quando dipende da un disturbo psichico, rappresenta una forma speciale di errore sul precetto penale, da tenere comunque distinta da quella del par. 17. Quest’ultimo disciplina un’ipotesi di scusante che presuppone una inevitabilità dell’errore già a monte del fatto stesso, mentre il par. 20 prende in considerazione solamente la incapacità di cogliere il significato del fatto al momento in cui esso è realizzato, senza che si debba tenere conto anche di una “pre-colpevolezza”¹⁰⁰.

⁹⁶ Cass. Sez. Un. 8 marzo 2005, n. 9163, cit.

⁹⁷ M. ROMANO, G. GRASSO, *Pre Art. 85 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 2012, p. 2.

⁹⁸ Su tale riforma, v. M. BERTOLINO, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, Giuffrè, p. 527 ss., alla quale si rinvia anche per un’indagine di diritto comparato.

⁹⁹ T. VERREL, A. LINKE, J. KORANYL, sub par. 20, in *Leipziger Kommentar StGB*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2020, p. 23. In entrambi i paragrafi si fa riferimento ad un agente che agisce «ohne Schuld», se al momento del fatto non era in grado di capire *das* «Unrecht» del fatto.

¹⁰⁰ F. STRENG, sub. par. 20, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, C. H. Beck, 2017, p. 970

Una parte della dottrina tedesca, tuttavia, rileva l'incoerenza e la risibilità di una disciplina che, tra l'altro, per un verso riconosce una piena colpevolezza del soggetto semimputabile di cui al par. 21, quando non è ridotta anche la capacità di volere, e, nonostante la diminuita capacità di intendere, sussiste comunque la capacità di cogliere l'antigiuridicità del fatto, mentre la mancanza di tale capacità di per sé, in quanto tale, non scusa. Per altro verso riconosce una colpevolezza diminuita nel caso dell'errore evitabile del soggetto pienamente capace, prevedendo il par. 17 una attenuazione della pena¹⁰¹. Al fine di una piena armonizzazione tra la disciplina di quest'ultimo paragrafo e quella dei parr. 20 e 21 e volendo riconoscere la portata di regola generale alla prima, altra dottrina sottolinea la necessità di presupporre comunque la presenza di un errore inevitabile quale condizione irrinunciabile per il riconoscimento di siffatte scusanti. Secondo questa dottrina, risulterebbe infatti incomprensibile l'attribuzione del rilievo scusante ad un'ipotesi di induzione colpevole di un difetto di cui al par. 20 al confronto con la disciplina che il par. 17 riserva invece ai casi di errore colpevole sul precetto¹⁰².

Resta comunque incontestato che anche la imputabilità nel codice tedesco è capacità di colpevolezza e, in quanto tale, viene considerata un presupposto della colpevolezza. Anche se ciò non risulta espressamente dai par. 20 e 21, a deporre in tal senso è la stessa nozione di imputabilità come rappresentazione dell'antigiuridicità del fatto e capacità di controllo delle proprie azioni. Infatti, se è vero, come è vero, che questi elementi sono alla base del giudizio di riprovevolezza del comportamento in concreto tenuto dall'agente, da essi dipende la colpevolezza o meno di quest'ultimo, in quanto entrano a far parte della struttura del reato sul piano della colpevolezza. Sia la dottrina che la giurisprudenza tedesche non sembrano nutrire dubbi in proposito, pur in assenza di una espressa definizione della colpevolezza da parte del legislatore tedesco, che si limita a richiamarla attraverso l'uso della parola *Schuld* in alcuni articoli, ovvero in altri, come in quelli relativi all'imputabilità, a presupporla¹⁰³. Anche a proposito del dolo e della possibilità di una sua esclusione nel caso di stati psichici alterati a causa di un grave stato di turbamento affettivo, la giurisprudenza in particolare riconosce che tale stato può influire sul dolo fino ad escluderlo, in special modo se a venir meno è la consapevolezza delle singole caratteristiche della fattispecie o tale consapevolezza non può essere dimostrata¹⁰⁴.

Anche altri ordinamenti europei, come quello francese e quello spagnolo, trattano dell'imputabilità nell'ambito dei presupposti generali della responsabilità penale. In tale ambito, l'infermità mentale che impedisce al soggetto agente di comprendere la illiceità del fatto e di comportarsi secondo questa consapevolezza è considerata una causa di esclusione della responsabilità penale, nei termini di una

¹⁰¹ Cfr. J. VOGEL, J. BÜLTE, in *Leipziger Kommentar StGB*, cit., sub. par. 17, p. 1313 e ivi la bibliografia.

¹⁰² Così F. STRENG, sub. par. 20, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., p. 970

¹⁰³ Per queste osservazioni e per ulteriori approfondimenti, si rinvia a T. VERREL, A. LINKE, J. KORANYL, in *Leipziger Kommentar StGB*, cit., p. 19 s. anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, in particolare a riguardo della giurisprudenza del BVerfG, quando riconosce che la colpevolezza come principio garantisce il rispetto della dignità e libertà della persona come soggetto mentalmente e eticamente in grado di autodeterminarsi.

¹⁰⁴ Vogel, J. BÜLTE, in *Leipziger Kommentar StGB*, cit., sub. par. 15, p. 1131.

esimente o scusante, dall'art. 20 del codice penale spagnolo, come anche dall'art. 122-1 del codice penale francese. Quest'ultimo, però, a differenza da quello spagnolo, parla più genericamente di uno disturbo psichico o neuropsichico che ha abolito la capacità di discernimento o quella di controllo dei propri atti. Entrambi i codici disciplinano anche la seminfermità che viene considerata un'esimente incompleta rispettivamente agli artt. 21 e 122-1, co. 2.

Dello stretto rapporto fra imputabilità e colpevolezza, d'altra parte, è ben consapevole la dottrina. Quella francese, che annovera il disturbo mentale dell'art. 122-1, insieme all'errore, fra le cause di esclusione dell'«elemento morale del reato» e, in quanto tale, lo definisce «una causa di non colpevolezza»¹⁰⁵. Parimenti la dottrina spagnola, che fra le cause di esclusione della colpevolezza, accanto all'errore c.d. invincibile, pone la inimputabilità, in quanto condizione che impedisce all'autore di comprendere il significato giuridico del suo atto o di comportarsi secondo tale comprensione. Con la conseguenza di escludere l'applicazione della pena, poiché, non essendoci la colpevolezza, il reato non sussiste in tutti i suoi elementi: è un fatto tipico, anti-giuridico ma non colpevole¹⁰⁶.

Interessanti conferme si trovano anche in ordinamenti lontani dal panorama europeo, come quelli di alcuni paesi sudamericani, nei quali, pur a fronte di divergenze di disciplina circa la definizione del disturbo mentale quale causa di esclusione o diminuzione dell'imputabilità, si riscontra una uniformità di vedute nell'inquadrare l'imputabilità non in un capitolo dedicato al reo, ma nell'ambito della responsabilità penale e pertanto della teoria del reato, fra i suoi elementi costitutivi. L'imputabilità è dunque considerata una «componente della colpevolezza» o, se si preferisce, «in funzione della capacità o presupposto della colpevolezza»¹⁰⁷.

Qualche cenno, infine, agli ordinamenti di *common law*, come quello degli Stati Uniti d'America, dove lo stato di inimputabilità può essere invocato dall'imputato nei termini di una *affirmative defense*¹⁰⁸, cosa che escluderebbe la possibilità di collocare la capacità di intendere e di volere, in quanto strettamente connessa alla *mens rea*, fra gli elementi strutturali del reato, ma dove l'affermarsi anche in quei paesi della concezione della colpevolezza come rimproverabilità per il fatto ha aperto ad una dimensione della colpevolezza «come elemento centrale che ingloba tutti gli elementi della responsabilità penale»¹⁰⁹. Con la conseguenza di riconoscere che anche la *insanity* esclude la

¹⁰⁵ Cfr., fra gli altri, M. R. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, Paris, 2014, p. 354 s., 366 s. P. SALVAGE, *Droit Penal General*, Ebook Pdf, Presses Universitaires de Grenoble, PUG, 2016, p. 43.

¹⁰⁶ Così, ad es., J. M. ZULGADÍA ESPINAR, *Lecciones de derecho penal*, PtG., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, p. 149 e 154 ss.

¹⁰⁷ J. L. GUZMÁN DALBORA, *Inimputabilidad penal por trastorno mental y medidas aplicables en Iberoamérica*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 121 s.

¹⁰⁸ «L'aggettivo "affermative" si riferisce ... al requisito per cui è l'imputato a dover fornire la prova dell'esimente che invoca», A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 269 s.

¹⁰⁹ G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad.it. Bologna, Il Mulino, 2004, p. 160. Per un'indagine sullo stretto rapporto fra *mens rea* e disturbo mentale, cfr. C. STERN, *Mens rea and Mental Disorder*, in M. D. WHITE

responsabilità, in quanto scusante e di allocare l'onere della prova della sanità mentale dell'imputato sull'accusa e non più di far ricadere sull'imputato quello di dimostrare l'infermità di mente¹¹⁰. In quest'ottica interpretativa, anche la questione relativa alla possibilità di configurare una colpevolezza dolosa o colposa trova una risposta negativa: entrambi i giudizi di colpevolezza esigerebbero la verifica in ordine all'eventuale presenza di una scusante¹¹¹.

5. Imputabilità ed elemento soggettivo del reato.

Le conseguenze dell'orientamento contrario a queste impostazioni che si sono ormai consolidate anche all'estero¹¹², ma – come si è visto – non invece nella giurisprudenza italiana, si fanno sentire proprio in materia di elemento soggettivo, di colpa e di dolo.

E ciò, nonostante anche la maggioranza della dottrina, fatta propria dalla Cassazione a Sezioni unite del 2005, sostenga ormai la tesi di un elemento soggettivo compromesso, ovvero viziato, secondo l'espressione della Corte di legittimità del 2016 sopra richiamata¹¹³, nel senso che il dolo e la colpa del non imputabile andrebbero valutati in termini contenutisticamente diversi rispetto al soggetto imputabile: la colpa come mera violazione della regola oggettiva di diligenza, il dolo come mera intenzionalità, naturalistica, della condotta¹¹⁴. Non si potrebbe dunque parlare di “vero” dolo e di “vera” colpa, ma – come si esprime altra dottrina – di pseudodolo e

(ed. by), *The Insanity defense. Multidisciplinary Views on Its History, Trends, and Controversies*, Santa Barbara, California, Praeger, 2017, p. 61 ss., per il quale anche la «*mens rea* abbraccia qualsiasi elemento mentale del reato, qualsiasi stato mentale che la pubblica accusa deve provare». In tale ottica, si sostiene che la disciplina della *mens rea* implica quella sulla rilevanza da riconoscere al disturbo mentale del reo, nel senso che l'esistenza e il tipo della *insanity defense* dipende da come viene trattata la *mens rea*, al di là della questione se la prova sulle condizioni mentali dell'imputato possa essere utilizzata per affermare che egli manca della *mens rea* necessaria per la sussistenza del reato; sul concetto di *mens rea* nella dottrina italiana, v., da ultimo, P. ASTORINA, *L'accertamento del dolo*, cit., p. 246 ss. e ivi la bibliografia.

¹¹⁰ Cfr. A. CORDA, *Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e affermative defenses*, cit., 238 ss. al quale si rinvia anche per la bibliografia: «Se dunque la responsabilità penale è incompatibile con la presenza di una qualsivoglia esimente, il pubblico ministero, chiamato ad accertare tale responsabilità, dovrà altresì confutare le istanze difensive che affermano la sussistenza di 'fatti impeditivi', come ad es. l'infermità mentale, sulla base del medesimo standard probatorio» dell'oltre ragionevole dubbio (cit. di pag. 266).

¹¹¹ Cfr. G. P. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., p. 205, il quale precisa che l'unica differenza fra le due forme «sta nel fatto che una volta riscontrata l'intenzione dolosa è necessario verificare l'eventuale sussistenza di *defenses*, siano esse giustificanti o scuse; per contro, i parametri di giustificazione e di scusa rientrano nella stessa definizione della condotta colposa e dunque non impongono un giudizio ulteriore».

¹¹² Cfr., in una prospettiva comparatistica, W. A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La inimputabilidad por trastorno mental. Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de sistemas*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2019, p. 63 ss.

¹¹³ Cass. pen., 8 marzo 2016, n. 17606, cit. Per un'attenta indagine sulle interferenze fra l'imputabilità e l'accertamento dell'elemento soggettivo in particolare del dolo, cfr. P. ASTORINA, *L'accertamento del dolo*, cit., p. 301 ss.

¹¹⁴ M. ROMANO, G. GRASSO, *Pre Art. 85 c.p.*, cit., p. 5

pseudocolpa¹¹⁵ o, ancora di dolo e colpa abnormi¹¹⁶, di manifestazione anomala di dolo e di colpa. Con tali espressioni si intende fare riferimento a «meri stati psichici: il dolo, come volontarietà psichica del fatto nella sua materialità, può non ricomprendere la consapevolezza del suo significato offensivo... quanto poi alla colpa del non imputabile, questa nella stragrande maggioranza dei casi consisterà verosimilmente nella violazione di una semplice misura oggettiva di diligenza, mentre sarà fuori discussione un rimprovero da muovere sulla base di una misura soggettiva e più personalizzata»¹¹⁷. Con la conseguenza che nel caso del fatto del non imputabile, la pur presenza di uno di questi coefficienti psichici non consente comunque la rimproverabilità del fatto all'autore¹¹⁸.

D'altra parte, non si può non osservare che se alla misura di sicurezza eventualmente applicabile all'infermo di mente, come per tutte le misure di sicurezza, si riconosce che non ha carattere punitivo, ma meramente preventivo, la sua applicazione non è subordinata alla rimproverabilità soggettiva, bensì alla persistente pericolosità¹¹⁹.

¹¹⁵ Cfr. C. F. GROSSO, M. PELISSERO, D. PETRINI, P. PISA, *Manuale di diritto penale*, PtG, Milano, Giuffrè, 2020, p. 458: «Né si potrebbe, a ragion veduta, parlare di dolo o colpa, con riferimento al fatto del non imputabile, ma solo di pseudo-dolo o pseudo-colpa, trattandosi di atteggiamenti psicologici abnormi, totalmente influenzati e pregiudicati dalla mancanza della capacità di intendere e/o di volere».

¹¹⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 338 che a proposito del dolo dei soggetti naturalisticamente incapaci parla di «volontà *abnorme* di realizzare il fatto. Sul piano della colpa verrà in rilievo l'aver tenuto una condotta obiettivamente difforme da una regola cautelare».

¹¹⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, PtG, cit., p. 345.

¹¹⁸ In tal senso anche M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 28 ss., spec. 493 ss., il quale ritiene che se parlare di pseudodolo (come anche di pseudocolpa) significa riconoscere lo stretto rapporto fra elemento soggettivo e personalità del soggetto, sarebbe comunque «erroneo dedurre la necessità, in genere, di indagare la personalità dell'agente al fine di individuare il dolo essenziale alla tipicità del fatto ...». A tal fine occorre, secondo l'A., optare per il concetto unitario dell'elemento soggettivo della fattispecie, privo dei contenuti di disvalore personali propri della colpevolezza. In tal senso emblematicamente militerebbe la stessa disciplina dell'errore sul precetto, dopo la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 363/1988, secondo la quale tale tipo di errore «non esclude il dolo nemmeno quando scusa. Più esattamente: non esclude il 'dolo' nel contenuto psicologico che esso di norma ha, a livello della tipicità soggettiva del fatto, in quella realtà strutturale che rende possibile la integrazione della fattispecie, sul piano anche soggettivo, sia da parte dell'imputabile che (almeno in linea di principio) dell'incapace». Per Donini, l'interferenza fra profili soggetti e profili personologici riguarderebbe dunque la fase giudiziale dell'accertamento, «il solo momento probatorio giudiziale, ma non la logica dei concetti». Peraltro, occorre rilevare le non poche difficoltà di riuscire a porre su piani diversi la tipicità soggettiva, in particolare dolosa, e la colpevolezza quando si tratta di soggetto non imputabile, soprattutto se per infermità di mente. L'estensione del concetto di infermità anche ai disturbi di personalità (v. Cass. Sez. Un. 8 marzo 2005, n. 9163, cit.) rende ancora più problematico comprendere l'azione dell'infermo di mente senza tenere conto della dimensione psicopatologica del finalismo della condotta. Da condividere è dunque l'osservazione che risulta difficile da spiegare «la diversa dislocazione sistematica del dolo e dell'imputabilità, l'uno collocato nella tipicità, l'altra nella colpevolezza, ... in quanto sembrerebbe implicare una – in realtà impossibile nella dinamica dell'accertamento – divaricazione teorica e pratica tra il comportamento e il presupposto fondamentale della sua comprensione (la descrizione del soggetto agente)», P. ASTORINA, *L'accertamento del dolo*, cit., p. 318.

¹¹⁹ V. Corte cost. 7 aprile 2020, n. 73: «La misura di sicurezza, non avendo alcun connotato "punitivo", non è subordinata alla rimproverabilità soggettiva del suo destinatario, bensì alla sua persistente pericolosità sociale».

E, dunque, il dolo e la colpa del non imputabile diventano meri indici di pericolosità sociale, nella dimensione naturalistica il primo, in quella oggettivizzante la seconda.

Tuttavia, non sembrano queste le premesse da cui muove la giurisprudenza, quando si tratta di giudicare l'elemento soggettivo del reato commesso da un soggetto non imputabile o semimputabile. Ciò emerge emblematicamente da una relativamente recente decisione della Cassazione, che, dovendo decidere se riconoscere a favore del prosciolto per totale infermità di mente il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione di cui all'art. 314, co. 1 c.p.p., ricorda come, secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, «la colpa grave ostativa al diritto può essere ravvisata anche in soggetto affetto da infermità di mente»¹²⁰. Sussisterebbe, infatti, una piena compatibilità tra condotta colposa e infermità mentale, «atteso che il rispetto delle regole cautelari è richiesto anche all'infermo totale di mente, poiché la dichiarazione di non imputabilità postula preliminarmente che la fattispecie tipica del reato sia integrata anche sotto il profilo soggettivo, prima di poter ritenere l'agente non imputabile»¹²¹.

Questo orientamento affonda le sue radici in una giurisprudenza della Cassazione che in maniera tralatizia da tempo afferma che nei «rapporti fra imputabilità e dolo, l'indagine sul primo dei suddetti elementi va tenuta ben distinta da quella sul secondo, essendo quest'ultimo un elemento costitutivo del delitto, la cui sussistenza o meno va in ogni caso accertata secondo le regole generali, e cioè con riferimento all'ipotesi di un soggetto agente dotato di normale capacità di intendere e di volere, mentre l'imputabilità costituisce semplicemente il presupposto per l'affermazione della responsabilità in ordine al reato commesso, il quale dovrà, pertanto, essere già stato compiutamente qualificato, nelle sue connotazioni oggettive e soggettive. Ciò significa che anche nei confronti di soggetto non imputabile, o parzialmente imputabile, dovrà comunque essere stabilito, alla stregua delle regole di comune esperienza, se l'evento prodotto sia stato "secondo intenzione", "contro l'intenzione" o "oltre l'intenzione" (giusta le varie ipotesi previste dall'art. 43 cod. pen.), per poi passare a verificare se e come il soggetto debba penalmente rispondere di tale evento, in ragione del suo stato di mente»¹²².

Ma, se sul fronte dei rapporti fra imputabilità e reato la giurisprudenza è consolidata nel senso appena illustrato, questa stessa giurisprudenza senza averne la dovuta consapevolezza diverge circa l'ordine logico-probatorio dell'accertamento dei diversi elementi. Così, vi sono sentenze che affermano che l'imputabilità, in quanto componente naturalistica della responsabilità, deve essere accertata con priorità rispetto alla colpevolezza¹²³, e più specificamente che, se pure imputabilità e colpevolezza sono concetti diversi e operano su piani diversi, «la prima quale componente naturalistica della responsabilità» deve «essere accertata con priorità rispetto alla seconda, con la conseguenza che il dolo generico è compatibile con il vizio parziale di mente»¹²⁴.

¹²⁰ Cass. pen., 18 dicembre 2018, n. 5076, in CED Cass., 275572.

¹²¹ Cass. pen., 18 dicembre 2018, n. 5076, cit.

¹²² V. Cass. pen., 19 gennaio 1994, n. 507, in CED Cass., 196112.

¹²³ In tal senso da ultimo, Cass. pen., 20 gennaio 2021, n. 2385, cit.

¹²⁴ Cass. pen. 27 aprile 2023, cit.; Cass. pen., 29 gennaio 2015, n. 4292, in CED Cass., 262151.

Nondimeno, si incontrano anche pronunce in cui si sostiene la tesi opposta della necessità che il reato sia qualificato in tutte le sue componenti, anche soggettive. Solo dopo tale accertamento si potrà passare a verificare lo stato mentale del soggetto agente¹²⁵. In tale ottica, pur di fronte a gravi manifestazioni psicotiche, che avevano portato la Corte territoriale a ritenere, una volta accertata l'assenza totale di imputabilità, ultroneo ogni ulteriore accertamento sulla presenza dell'elemento psicologico, la Cassazione arriva di contro ad affermare che per «il principio della autonomia delle due indagini», quella sull'imputabilità e quella sul dolo, ai fini di quest'ultimo non si deve «tenere conto dei deliri psicotici patologici». Per la Corte di legittimità, questi deliri «non possono essere valorizzati per escludere il dolo ma solo per escludere l'imputabilità, allorché, una volta accertata alla stregua delle regole generali la sussistenza del reato, si imponga l'ulteriore valutazione delle conseguenze penali che ne devono discendere alla stregua dello stato mentale del soggetto agente, in base all'inquadramento nelle categorie psicopatologiche richiamate dagli artt. 88 e 89 c.p., in tema di vizio totale e vizio parziale di mente come cause che escludono o riducono grandemente la capacità di intendere e di volere»¹²⁶.

Inevitabili sono i riflessi delle impostazioni di tal genere anche a proposito della gravità del dolo, la cui maggiore intensità la Cassazione non esita a riconoscere compatibile con la diminuzione del vizio parziale di mente, con la conseguenza di ritenere giustificato il diniego delle circostanze attenuanti generiche¹²⁷. A questo risultato la Corte perviene proprio ricordando e ribadendo che «il dolo generico è compatibile con la seminfermità mentale», poiché «fra l'imputabilità e il reato esiste un rapporto di assoluta indipendenza, nel senso che il reato è configurabile indipendentemente dalla capacità di intendere e di volere del suo autore, donde la piena autonomia tra le nozioni di imputabilità e colpevolezza»¹²⁸.

Di questa pronuncia sorprende non tanto il risultato finale, quanto il fatto che la Corte abbia ritenuto che il percorso argomentativo che fa leva sulla assoluta indipendenza tra imputabilità e reato fosse l'unico praticabile. Infatti, anche il riconoscimento di una relazione fra questi elementi del reato non avrebbe impedito di pervenire ad una conclusione di compatibilità, ma in concreto in ragione cioè delle particolarità del caso di specie e non sulla base di schemi generali ed astratti. Di queste particolarità, d'altra parte, lo stesso perito aveva tenuto conto, riconoscendo che il disturbo di personalità di tipo borderline di cui era affetto l'imputato, pur di notevole intensità e segnato da «tratti disforici, possibili passaggi all'atto, con disturbo del controllo degli impulsi e con tratti interpretativi persecutori», non comportava «la decisiva compromissione dei poteri di critica e giudizio in capo all'agente e non era in

¹²⁵ Così Cass. pen., 19 gennaio 1994, n. 507, cit.

¹²⁶ Cass. pen., 13 maggio 2020, n. 14795, in CED Cass., 278876 a proposito del reato di calunnia, con riferimento al quale la Corte ha precisato «che la verifica dell'elemento soggettivo deve essere basata su un procedimento logico inferenziale fondato ... sull'esame dei fatti obiettivi e certi aventi un sicuro valore sintomatico del fine perseguito dall'agente, senza che possano assumere rilevanza gli errori percettivi frutto dei deliri psicotici, che assumono invece rilievo nell'indagine sull'imputabilità».

¹²⁷ Cass. 1° ottobre 2018, n. 43216, in CED Cass., 274409.

¹²⁸ Cass. 1° ottobre 2018, n. 43216, cit.

grado di incidere sulla rappresentazione dell'evento causalmente ricollegabile alla sua condotta». Ciò significa che se in un altro e diverso caso è ben possibile riscontrare una compromissione di quei poteri, che deve quindi essere riconosciuta, l'imputabilità e la colpevolezza non possono essere considerate entità autonome e indipendenti, altrimenti troppo alto è il prezzo da pagare sul piano del vincolo di realtà.

L'impermeabilità tra i due piani, quello attinente all'imputabilità e quello del dolo e della sua intensità, emerge anche in quelle pronunce in cui si concede la diminuzione dell'art. 89 senza tuttavia rinunciare ad un aggravamento della pena in ragione della particolare intensità del dolo, «come grado rilevante di determinazione ad attuare uno specifico progetto delittuoso», in termini apodittici, sulla base cioè della affermazione che fra diminuzione e intensità dell'elemento soggettivo doloso «deve ritenersi sussistente una relazione di autonomia e di non sovrapposibilità concettuali. La seminfermità mentale investe la sfera psichica del soggetto e l'ordinario processo formativo della sua volontà, laddove l'intensità del dolo afferisce alla dinamica ... attraverso cui volontà si esprime e persegue l'obiettivo avuto di mira. I due concetti di vizio parziale di mente e di dolo operano, dunque, su piani diversi e non omogenei»¹²⁹. Diretta conseguenza di tale impostazione è di ritenere, come emerge da giurisprudenza recente, che la valutazione comparativa fra circostanze debba prescindere dal fatto che l'imputato sia stato riconosciuto seminfermo di mente e «dall'alterata percezione della realtà che ha l'agente e deve, invece, tenere conto della personalità dell'imputato, espressa nelle modalità comportamentali del reato e nel ruolo rivestito in concreto nella commissione dello stesso»¹³⁰. Nella specie si trattava di un disturbo di personalità, che però per la Corte non rileva ai fini della valutazione della personalità dell'imputato.

Neppure il dolo specifico sfugge ad un'indagine con gli stessi criteri riservati al soggetto pienamente imputabile, vale a dire attraverso «un procedimento logico inferenziale fondato sull'esame di fatti esterni e certi, aventi un sicuro valore sintomatico del fine perseguito dall'agente»¹³¹. Tuttavia, è interessante rilevare una timida apertura in quella giurisprudenza della Cassazione, che, dopo aver premesso la identità dei criteri di accertamento della colpevolezza, riconosce però che «la ridotta capacità di intendere e di volere può avere influenza nella ricerca del dolo specifico»¹³² nei soli reati caratterizzati da tale tipologia di dolo, «ma non in quelli caratterizzati dal dolo generico»¹³³.

Sempre in tema di intensità del dolo, alcune riflessioni sono interessanti da fare a proposito del dolo eventuale del non imputabile o del semimputabile, anche alla luce

¹²⁹ Cass. pen., 15 settembre 2009, n. 46817, in CED Cass., 245426 con nota adesiva di G. PANUCCI, *Il seminfermo di mente è capace di dolo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 143 s.

¹³⁰ Cass. pen., 27 novembre 2019, n. 48168, in CED Cass., 277806.

¹³¹ Cass. pen., 27 novembre 2018, n. 9311, in CED Cass., 275525.

¹³² Cass. pen., 25 ottobre 2017, n. 13996, in CED Cass., 273170, che rimprovera quindi ai giudici di merito di non aver svolto alcuna verifica circa la compatibilità fra la psicosi di cui era affetto l'imputato, caratterizzata da alterazioni del pensiero ad impronta persecutoria, e il dolo specifico del reato; v. anche Cass. pen., 24 gennaio 2017, n. 16141, in CED Cass., 272700.

¹³³ Cass. pen. 17 ottobre 2000, n. 9202, in CED Cass., 218410.

della indicazione delle Sezioni unite¹³⁴ della necessità di verificare se l'imputato abbia compiuto una scelta razionale di adesione volontaria all'evento dannoso o pericoloso causato dalla sua condotta. Ebbene, sembra difficile pensare di poter accertare il dolo eventuale nei soggetti affetti da una patologia mentale più o meno grave con criteri che presuppongono un modello di uomo razionale. Come osserva la dottrina, siffatta «razionalità potrà adattarsi ad altri contesti», ma non si adatta a quello in cui si discute degli «schemi di ragionamento di un imputato la cui capacità di intendere e di volere è anche solo in dubbio: e ciò anche nel caso in cui questo dubbio sia stato superato da un giudizio di piena imputabilità»¹³⁵.

La problematicità della valutazione emerge, in particolare, in una pronuncia della Cassazione del 2014¹³⁶, che, a fronte di un diagnosticato disturbo antisociale della personalità, tale però da non incidere sull'imputabilità dell'imputato ma peraltro in grado di spiegare le ragioni abnormi del comportamento dell'imputato e in particolare quella relativa alla valenza simbolica o inconscia di esso, conclude comunque per la sussistenza del dolo eventuale. La Corte ritiene infatti che esso ricorre «quando si accerti che l'agente, pur non mirando direttamente alla causazione di un determinato evento si è rappresentato la concreta possibilità che esso accada come conseguenza del proprio comportamento, ed ha agito accettando il rischio di verifica dell'evento».

Concludere in tal senso non solo significa «tornare alla tendenza espansiva in tema di dolo eventuale»¹³⁷, ma anche consentire che esigenze di prevenzione generale e speciale di impronta negativa, e dunque repressive, prevalgano sulle istanze garantistiche sottese in particolare al principio di colpevolezza.

In contrasto con queste istanze e poco sensibile alla necessità, sancita dalle Sezioni unite del 2014¹³⁸ e ribadita in una recente decisione della Cassazione, di «una ineludibile relazione tra la volontà e la causazione dell'evento, che difetta nella mera accettazione del rischio: ciò che rileva, per il dolo eventuale, è che la condotta dell'agente sia frutto di una consapevole adesione all'evento»¹³⁹, rimangono anche le affermazioni di altra prassi. Secondo esse sussiste compatibilità tra vizio parziale di mente ed il dolo eventuale, poiché i due concetti «operano su piani diversi, l'una attenendo alla capacità di intendere e di volere e l'altro al funzionamento dell'intelligenza e della volontà, cioè all'intensità del dolo, come grado rilevante della determinazione a conseguire il proposito criminoso, come momento nel quale la volontà si manifesta e persegue l'obiettivo considerato».

Nonostante sia ormai datata, più attuale risulta invece una decisione del 1988¹⁴⁰, in cui, dopo aver ammesso la compatibilità tra seminfermità e dolo eventuale, si riconosce che tale compatibilità viene meno se si dimostra «in concreto che la malattia

¹³⁴ Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

¹³⁵ Così M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato. Un contrasto solo formale?* in DPC, 18 marzo 2015, p. 3.

¹³⁶ Cass. pen., 20 ottobre 2014, n. 52530, in DeG, 1, 2014.

¹³⁷ M. DOVA, *Dolo eventuale: la Cassazione ritorna al passato*, cit., p. 10.

¹³⁸ Cass. Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

¹³⁹ Cass. pen., 23 febbraio 2021, n. 15463, in Dejure.

¹⁴⁰ Cass. pen., 9 maggio 1988, n. 8719, in CED Cass.,179036.

incideva su un particolare aspetto di quell'atteggiamento, alterandolo in modo sostanziale».

Ma con riferimento in special modo al soggetto semi-imputabile questioni di valutazione dell'incidenza dello stato psichico si sono poste anche a proposito della circostanza aggravante soggettiva della premeditazione di cui agli artt. 576, co. 1, n. 2, 577, co. 1, n. 3 e 585. Partendo dalla considerazione che «la premeditazione inerisce al dolo», un primo orientamento afferma, forse in modo un po' troppo sbrigativo, che il «vizio parziale di mente non è inconciliabile con la premeditazione. La inconciliabilità non risulta dal codice penale; non sussiste sul piano logico, essendo la seminfermità mentale un aspetto della capacità di intendere e di volere, ossia dell'imputabilità ... infine, sul piano della realtà umana, identificata nella persistenza del dolo la nota essenziale della premeditazione, essa non è di tale natura da non poter essere contenuta in una capacità sia pure grandemente scemata»¹⁴¹. Questo orientamento più risalente sembra peraltro superato da quella giurisprudenza che riconosce che non sussiste una inconciliabilità teorica fra l'aggravante e il vizio di mente, ma che, consapevole della necessità di «porre adeguato presidio ad una considerazione di "astratta compatibilità" fra vizio parziale e premeditazione»¹⁴², precisa che vizio e premeditazione sono incompatibili, «quando la premeditazione è un effetto della malattia che costituisce l'essenza dell'infermità o questa incida sul processo intellettuale o volitivo, sconvolgendoli, e non quando, invece, l'infermità non crei soluzioni o squilibri nel proposito criminoso, non produca aberrazioni o deliri nell'idea o spinte incontrollabili nella volizione»¹⁴³. Con questa decisione, la Corte riconosce dunque una premeditazione patologica, senza peraltro associarla ad una determinata malattia mentale, ma valorizzando l'accertamento in concreto che tale malattia ha avuto sul processo ideativo e volitivo relativo alla formazione e persistenza della volontà criminosa.

Diversamente ritiene un ultimo indirizzo, che, come osserva criticamente la giurisprudenza più recente¹⁴⁴, introducendo una sorta di restrizione ad imbuto del rilievo generalista della patologia, tende a sostituire l'accertata incidenza della patologia sul processo volontaristico con una sorta di obbligatoria corrispondenza biunivoca tra premeditazione e patologia e una conseguente sopravvalutazione dell'inquadramento nosografico-medico legale in controtendenza con il principio di diritto delle Sezioni unite del 2005¹⁴⁵. Espressione di tale indirizzo sono le sentenze in cui si riconosce una incompatibilità in concreto solo «nei casi in cui il proposito criminoso coincide con una idea fissa ossessiva, facente parte del quadro sintomatologico di quella determinata infermità»¹⁴⁶. Contro questa tendenza interpretativa si è pronunciata, come si è detto, la giurisprudenza più recente, posto che

¹⁴¹ Cass. pen., 23 febbraio 1957, n. 1, in CED Cass., 097801.

¹⁴² Come osserva Cass. pen., 8 marzo 2016, n. 17606, in CED Cass., 267714.

¹⁴³ Cass. pen., 25 giugno 1982, n. 11599, in CED Cass., 156472.

¹⁴⁴ Cass. pen., 8 marzo 2016, n. 17606, cit.

¹⁴⁵ Cass. Sez. Un., 8 marzo 2005, n. 9163, cit.

¹⁴⁶ Cass. pen., 25 gennaio 1994, n. 3240, in CED Cass., 199488; Cass. pen., 21 maggio 2013, n. 25608, in CED Cass., 255917.

una siffatta interpretazione «finisce con il richiedere una sostanziale coincidenza in termini assoluti tra la specifica fisionomia patologica dell'individuo e la premeditazione». Questa stessa giurisprudenza ha quindi stabilito che non basta l'aver constatato una semplice premeditazione, ma è necessario verificare che vi sia un fermo radicamento del proposito criminoso nella psiche dell'agente. A tal fine si «richiede un approfondito esame delle emergenze processuali, che porti ad escludere, con assoluta certezza, che la persistenza del proposito criminoso sia stata concretamente influenzata da uno degli aspetti patologici correlati alla formazione od alla persistenza della volontà criminosa»¹⁴⁷.

I disorientamenti giurisprudenziali e dottrinali richiamati nelle pagine precedenti rappresentano dunque una chiara testimonianza dell'elevata problematicità sia a livello teorico che applicativo dei rapporti fra le categorie dommatiche della colpevolezza, del dolo, della colpa e dell'imputabilità¹⁴⁸. Una problematicità che denuncia come i confini fra giustizialismo e garanzie siano mobili e incerti e come non sia compito della sola giurisprudenza operare *l'actio finium regundorum*, essendo quest'ultima primariamente di competenza del legislatore.

6. Questioni di malattia mentale e di trattamento del malato di mente: un confronto fra le Corti.

A tal fine, proprio con riferimento all'imputabilità, l'impegno del legislatore nazionale dovrebbe essere rivolto anche ad una revisione della disciplina attuale delle cause di esclusione della capacità di intendere e di volere, in special modo, ai fini che qui interessano, della causa di esclusione rappresentata dalla infermità di mente di cui agli artt. 88 e 89. Il dibattito a riguardo è – come è noto – complesso e variegato ed esula dall'economia del presente lavoro il ripercorrerne le diverse tappe, se non richiamando quella più significativa della proposta di riforma contenuta nello Schema di decreto legislativo del 2017.

Sul fronte delle possibili riforme degli articoli in questione, la bozza del decreto optava per un concetto allargato di disturbo psichico ai fini del vizio di mente, come già proposto nei progetti di un nuovo codice penale che a partire dagli inizi degli anni '90 si sono susseguiti per circa un decennio, nel tentativo di superare l'inerzia legislativa che perdura fino ai nostri giorni. Un concetto "aperto", dunque, secondo le indicazioni delle moderne teorie psicopatologiche, viene proposto anche nello Schema di decreto legislativo su delega parlamentare del 23 giugno 2017, n. 103, che rappresenta l'ultimo e più recente tentativo di riforma della disciplina in questione¹⁴⁹. La legge delega fissava i

¹⁴⁷ Cass. pen., 8 marzo 2016, n. 17606, cit.

¹⁴⁸ Per una conferma della irrinunciabilità di tali categorie dalla prospettiva neuroscientifica, v., da ultimo, M. DE CARO, "Actus non facit reum nisi mens sit rea". *The Concept of Guilt in the Age of Cognitive Science*, in A. D'ALOIA, M. C. ERRIGO (a cura di), *Neuroscience and Law. Complicated crossing and New Perspectives*, Cham, Springer, 2020, p. 69 ss.

¹⁴⁹ Schema redatto dalla Commissione, presieduta dal prof. Marco Pelissero, incaricata con d.m. 19 luglio

seguenti criteri direttivi per quanto riguarda il vizio di mente: «revisione del modello definitorio dell’infermità, mediante la previsione di clausole in grado di attribuire rilevanza, in conformità a consolidate posizioni scientifiche, ai disturbi di personalità». Recependo il principio di diritto della Cassazione a Sezioni unite del 2005, la proposta non fa che tradurre a livello normativo l’interpretazione degli artt. 88 e 89, ormai diffusa nella giurisprudenza e introdotta dalle Sezioni unite, a favore di una nozione di infermità non più identificabile con quella di malattia mentale in senso stretto. Si tratta di una nozione in grado di comprendere anche disturbi psichici come le nevrosi e le psicopatie, nonché tutte quelle anomalie psichiche non inquadrabili nel ristretto novero delle malattie mentali, ma comunque talmente gravi da incidere sulla capacità di intendere e di volere e legate da un nesso eziologico con la condotta criminosa¹⁵⁰.

Se questo è il concetto di infermità ormai imperante nella nostra giurisprudenza non resta che constatare positivamente, almeno in questo ambito, una vera e propria sinergia fra le Corti. Infatti, ad una nozione allargata di infermità sembra aderire anche la Corte di Strasburgo, grazie ad un’interpretazione garantista dell’art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), lett. e) della CEDU in relazione alla detenzione di «un alienato». Ebbene, la Corte dei diritti, a proposito di coloro che soffrono di patologie mentali, di alienati appunto, se per un verso ammette la difficoltà di una definizione di “alienato”, in quanto termine in continua evoluzione per i progressi della scienza psichiatrica e per il mutare del sentire comune verso questo tipo di malattia, per altro verso non esita a dare una definizione ampia di tale termine. E lo fa in una sentenza che precede temporalmente quella della nostra Cassazione del 2005, in occasione di un ricorso contro il Regno Unito del 1981¹⁵¹. In tale occasione, la Corte di Strasburgo afferma la compatibilità del dettato convenzionale con una definizione di malattia mentale, come è già presente nell’ordinamento inglese, tale da ricomprendere qualsiasi «disturbo psichico in quanto malattia mentale, qualsiasi mancanza totale o parziale dello sviluppo mentale, i disturbi psicopatici o ogni altro disturbo o disabilità della mente». La giurisprudenza della Corte di Strasburgo esce dunque dal ristretto perimetro segnato dai disturbi psicotici, riconoscendo che il concetto di persona mentalmente disturbata non può essere limitato a coloro che sono affetti da psicosi, ma esso va inteso «in un senso più ampio comprensivo anche dei tratti abnormi di personalità che non assurgono a malattia mentale»¹⁵².

Si tratta di preziose indicazioni per una futura riforma degli artt. 85, 88 e 89 del codice Rocco, in sintonia con gli orientamenti emersi nella giurisprudenza delle nostre

2017 dal Ministro della Giustizia Orlando.

¹⁵⁰ V., da ultimo, Cass. pen. 8 agosto 2019, CED Cass. 276616; conf. Cass. pen. 8 marzo 2006, CED Cass. 233228; Cass. pen. 12 novembre 2009, CED Cass. 245253; Cass. pen. 14-1-2014, CED Cass. 257923; Cass. 13 ottobre 2016, n. 44659, in *Dejure*.

¹⁵¹ Corte EDU 5 novembre 1981, X. c. *Regno Unito*.

¹⁵² In questi termini già si era pronunciata Corte EDU., 12 luglio 1976, X. c. *Germania*. Su questa giurisprudenza, v. L. SCOMPARIN, *La valutazione della Corte europea dei diritti dell’uomo sulle limitazioni alla libertà personale imposte alle persone affette da patologie mentali: tra casi e principi, una progressiva crescita di attenzione per diritti fondamentali a rischio amplificato*, in M. PELISSERO, L. SCOMPARIN, G. TORRENTE (a cura di) *Dieci anni di REMS. Un’analisi interdisciplinare*, Torino, 2022, p. 465 ss.

Corti. L'art. 5, lett. a) ed e), come interpretato dai giudici di Strasburgo offre infatti le garanzie convenzionali a sostegno e rinforzo delle garanzie costituzionali già fatte proprie dalla giurisprudenza e dalla dottrina nostrane in tema di infermità di mente¹⁵³. Lo stesso – come si è visto - non si può dire sul versante del reato e dell'imputabilità nei loro rapporti con la colpevolezza, dove occorre registrare una debolezza delle garanzie convenzionali e comunitarie e un disallineamento fra Corti europee da un lato e Corte costituzionale e Corte di Cassazione a Sezioni unite, dall'altro, a cui solo il legislatore, in questo caso europeo, potrà porre rimedio.

¹⁵³ Per un confronto fra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale su questioni di trattamento e di misure di sicurezza detentive, v., da ultimo, M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di Pandora*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2022, p. 1223 ss.