

IPSOA

# Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

8/2017

 [edicolaprofessionale.com/DPP](http://edicolaprofessionale.com/DPP)

**Verifica dell'infermità mentale  
nell'accertamento giudiziario penale**

**Unioni civili e sistema penale**

**De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza  
delle misure di prevenzione**

**Contrasto al terrorismo**

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

Giorgio Spangher  
Paolo Pisa (condirettore)

**COMITATO SCIENTIFICO**

Roberto Bartoli  
Paolo Ferrua  
Luigi Kalb  
Antonella Marandola  
Francesco Palazzo  
Marco Pelissero  
Sergio Seminarà  
Paolo Tonini

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



*Se posso personalizzarla  
in base alle mie aree  
d'interesse,*

*è* La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

*è* pensata per te,  
**richiedi subito una prova!**



**EDITORIALE**

<b>Imputabilità</b>	LA VERIFICA DELL'INFERMITÀ MENTALE NELL'ACCERTAMENTO GIUDIZIARIO PENALE di <i>Paolo Moscarini</i>	<b>985</b>
---------------------	--	------------

**LEGISLAZIONE****NOVITÀ NORMATIVE**

<b>Unioni civili e sistema penale</b>	D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6 UNIONI CIVILI E PROVA TESTIMONIALE NEL PROCESSO PENALE di <i>Gian Marco Baccari</i>	<b>996</b> <b>997</b> <b>997</b>
	L'UNIONE FAMILIARE DI MATRIMONI, UNIONI CIVILI E CONVIVENZE, DOPO LA RIFORMA PENALE 2016-2017 di <i>Silvio Riondato</i>	<b>1002</b>
<b>Delitti contro la persona</b>	Legge 11 dicembre 2016, n. 236 NUOVE FIGURE CRIMINOSE IN TEMA DI TRAFFICO DI ORGANI PRELEVATI DA VIVENTE di <i>Antonio Vallini</i>	<b>1012</b>

**GIURISPRUDENZA****Osservatori**

	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	<b>1017</b>
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	<b>1022</b>
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	<b>1029</b>
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	<b>1035</b>

**Giurisprudenza commentata**

<b>Misure di prevenzione</b>	Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017 - De Tommaso c. Italia DE TOMMASO C. ITALIA E LA CATTIVA COSCIENZA DELLE MISURE DI PREVENZIONE di <i>Vincenzo Maiello</i>	<b>1039</b>
<b>Detenzione domiciliare speciale</b>	Corte costituzionale 8 marzo 2017, n. 76 CADE ANCHE LA PRECLUSIONE DI CUI AL COMMA 1 BIS DELL'ART. 47 QUINQUIES ORD. PENIT. di <i>Antonia Menghini</i>	<b>1047</b>
<b>Indagini preliminari</b>	Corte Costituzionale 24 gennaio 2017, n. 20 ACQUISIZIONE DI CORRISPONDENZA DEL DETENUTO: LA CONSULTA PROMUOVE IL PRINCIPIO DI NON SOSTITUIBILITÀ di <i>Giulia Quagliano</i>	<b>1058</b>
<b>Restituzione in termini</b>	Cassazione Penale, SS.UU., 7 dicembre 2016 (ud. 29 settembre 2016), n. 52274 LA RESTITUZIONE IN TERMINI ED IL GIUDIZIO ABBREVIATO IN APPELLO di <i>Andrea Conz</i>	<b>1064</b> <b>1068</b>
<b>Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale</b>	Cassazione Penale, SS.UU., 6 luglio 2016 (c.c. 28 aprile 2016), n. 27620 ORALITÀ E IMMEDIATEZZA NEL GIUDIZIO DI APPELLO: UNA RIFORMA SOLO ANNUNCIATA di <i>Luigi Palmieri</i>	<b>1075</b> <b>1077</b>

# Diritto penale e processo

## Sommario

### OPINIONI

<b>Terrorismo</b>	IL CONTRASTO DEL TERRORISMO TRA ESIGENZE DI TUTELA E GARANZIE INDIVIDUALI di <i>Antonio Cavaliere</i>	<b>1089</b>
<b>Archiviazione</b>	OPPOSIZIONE ALLA RICHIESTA DI ARCHIVIAZIONE E TUTELA DEL CONTRADDITTORIO di <i>Nicola Mastromatteo</i>	<b>1101</b>

### GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	<b>1109</b>
---	-------------

### INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	<b>1115</b>
---	-------------

#### COMITATO PER LA VALUTAZIONE

**Diritto penale:** A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Viganò.

**Processo penale:** A. Bargi; G. Bellantoni; A. Bernasconi; P. Corso; A. De Caro; P. Dell'Anno; V. Fanchiotti; L. Filippi; C. Fiorio; A. Gai-to; A. Giarda; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; A. Molari; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patanè; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

#### Giurisprudenza italiana n. 5/2017

##### **Diritto penale:**

- N. Recchia, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte EDU* (Cass. pen., Sez. I, 18 ottobre 2016, n. 44193);
- E. La Rosa, *Le Sezioni unite "ribadiscono" la compatibilità tra dolo d'impeto e aggravante della crudeltà* (Cass. pen., Sez. un., 29 settembre 2016 (ud. 23 giugno 2016), n. 40516).

##### **Processo penale:**

- G. Spangher, *Impugnazione e uso della posta privata* (Cass. pen., Sez. III, 6 aprile 2017 (3 novembre 2016), n. 17225);
- V. Versari, *Inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p.* (Cass. pen., Sez. un., 14 febbraio 2017 (ud. 27 maggio 2016), n. 6903);
- A. Chelo, *La Corte di cassazione ignora la corte di giustizia in materia di procedimento in absentia* (Cass. pen., Sez. VI, 14 novem-bre 2016 (ud. 10 novembre 2016), n. 48011).

Imputabilità

# La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale

di Paolo Moscarini (\*)

Gli ultimi anni hanno visto una profonda evoluzione del pensiero giuridico e delle scienze forensi riguardo al concetto d'imputabilità del reo ed alle anomalie psichiche che su tale qualità soggettiva possono incidere. Questo scritto affronta talune delle conseguenti questioni d'interesse processualistico.

## L'imputabilità nella dogmatica penalistica

Com'è noto, il vigente codice penale indica nell'imputabilità la condizione generale per l'assoggettamento alla pena di colui che è autore del reato, definendo poi come imputabile "chi ha la capacità di intendere e di volere", "nel momento in cui ha commesso il fatto" (art. 85) (1). Successivamente, declina, tra le rispettive cause di esclusione, l'essere stato il reo, *tempore commissi delicti*, "per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere" (art. 88). Da quest'ultima situazione distingue poi gli "stati emotivi e passionali [che] non escludono né diminuiscono l'imputabilità"; i quali però sembrerebbero poter influire in sede di determinazione della pena, dovendosi allora tenere conto - tra l'altro - dei "motivi a delinquere" e del "carattere del reo" (art. 133, comma 2, n. 1, c.p.) (2).

È (e, soprattutto, è stato, in passato) molto controverso l'inquadramento sistematico dell'imputabilità nella teoria generale del reato.

Infatti, un primo orientamento (3) ha ravvisato in tale *status* non già un elemento costitutivo della

fattispecie penalmente illecita, bensì solo una condizione per l'applicazione della pena. In questo senso, si è distinta la situazione soggettiva *de qua* dalla "coscienza e volontà" dell'azione od omissione, cui l'art. 42, comma 1, c.p. subordina la punizione del reo: quest'ultima clausola starebbe a fissare un generale requisito di *suitas*, cioè, di riferibilità della condotta all'interno psichico di chi materialmente l'ha realizzata, come premessa logico - giuridica per la configurabilità della "colpevolezza", quale elemento soggettivo del reato, nelle due forme alternative del dolo o della colpa, definite dal successivo art. 43. L'imputabilità, invece, sarebbe una qualifica pertinente solamente all'autore del fatto penalmente antiggiuridico, da cui dipenderebbe meramente l'applicabilità a quest'ultimo soggetto della pena criminale.

Argomenti a sostegno di tale tesi sono sia la sistematica del codice penale, che parla della "coscienza e volontà" nel libro I, al titolo III, rubricato "Del reato", mentre considera l'imputabilità nel titolo IV dello stesso libro, titolo dedicato al "reo"

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Il testo dell'editoriale costituisce elaborazione e sviluppo di una *Relazione* che l'autore ha svolto presso la Scuola Superiore della Magistratura, a Scandicci, l'11 maggio 2017.

(2) Infatti, "un'emozione o una passione non incide sempre sulla facoltà di autodeterminazione dell'uomo o sulla sua intelligenza, vale a dire sulla capacità di intendere e di volere, ma non impedisce di dar rilievo od un significato che per la forza psicologica di questi stati di animo possa incidere sul disvalore determinando una diminuzione di pena" (M. Massa, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 164). In particolare, si è osservato che

"gli stati emotivi e passionali possono [...] dar luogo, secondo i casi, a circostanze attenuanti quali la provocazione (art. 62 n. 2) o l'aver agito sotto la suggestione di folla in tumulto (art. 62 n. 3)" (A. Crespi, *Imputabilità a) Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1979, 778).

(3) Cfr. - tra gli altri - F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., a cura di L. Conti, Milano, 1975, 766; A. Crespi, *op. cit.*, 766; G. Marini, *Imputabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, 250 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1972, 165 s.; R. Pannain, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1967, 777.

## Editoriale

# Processo penale

ed alla “*persona offesa dal reato*”; nonché gli artt. 203, comma 2, 222 e 224 c.p., ove, facendosi dipendere l’attribuzione della qualità di persona socialmente pericolosa, come pure il tipo o la durata d’una misura di sicurezza individuale dalla valutazione delle “*circostanze indicate nell’articolo 133*” dello stesso codice, si rinvia indirettamente anche alla “*intensità del dolo*” od al “*grado della colpa*”; così lasciandosi intendere la riconducibilità di simili atteggiamenti psichici anche alla persona non imputabile perché incapace di intendere e di volere (4). Da tali premesse è discesa una *concezione psicologica* della colpevolezza (5), intesa come atteggiamento mentale “giuridicamente” rintracciabile anche nei non imputabili; ed oggetto di una valutazione (necessaria per verificare la sussistenza della medesima antiggiuridicità soggettiva penale) razionalmente *et de iure* antecedente a quella circa l’imputabilità. Infatti, dal successivo positivo riscontro di quest’ultima condizione discenderebbe solo la *punibilità*, ma non anche la sussistenza del reato; la cui commissione da parte di persona non imputabile potrebbe giustificare comunque l’applicazione di una diversa tipologia di “sanzione criminale” (la misura di sicurezza) nel caso di pericolosità dell’autore. Oggi però sembra essere prevalsa una diversa concezione (c.d. “normativa”) della colpevolezza (6): da principi quali la personalità della responsabilità penale e la funzione tendenzialmente rieducativa della pena (art. 27, commi 1 e 3, Cost.) si desume la concezione del reato come fatto non solo tipico ed antiggiuridico, ma anche *colpevole*; cioè, come quello del quale si può muovere giuridicamente un *rimprovero* a chi l’ha commesso. A tal punto, allora, la possibilità un simile giudizio non appare formulabile nei confronti dell’uomo che, non essendo pienamente idoneo a prendere coscienza della realtà circostante (in particolare, in ordine al possibile disvalore sociale dei propri comportamenti), nonché a determinarsi volontariamente e liberamente di conseguenza, pervenendo ad appropriate azioni

od omissioni, non sembra passibile di alcun biasimo per le sue condotte (7).

In questo senso, si adduce (tra l’altro) che, se si concepisse il giudizio di colpevolezza come una valutazione autonoma e preliminare rispetto a quella circa l’imputabilità, non sarebbe ravvisabile alcuna antiggiuridicità penalmente rilevante nella condotta di colui che, essendo affetto da delirio di persecuzione, uccidesse intenzionalmente proprio quell’individuo da cui ritiene di stare per esser aggredito: costui opererebbe in quanto motivato da un errore, “condizionante” rispetto alla sua azione omicida, che, non essendo determinato da colpa, escluderebbe l’*esistenza medesima del reato* (v. artt. 47, comma 1 e 59, comma 4, c.p.); con conseguente *inapplicabilità*, nella fattispecie, non solo di una pena, ma *neppure* di una *misura di sicurezza personale* (la cui esecuzione presuppone infatti pur sempre l’avvenuta realizzazione una condotta penalmente illecita) (8).

L’implicazione di simile teoria, che (in sintesi) individua l’essenza della colpevolezza nella “rimproverabilità”, parrebbe dovere consistere, sul piano dell’accertamento giudiziario, nella necessità *d’invertire* le fasi del percorso ricostruttivo: se non è la verifica della colpevolezza ad essere preliminare rispetto a quella dell’imputabilità, bensì quella dell’imputabilità ad esser tale rispetto a quella della colpevolezza, la conseguenza è evidente: all’individuazione di un comportamento definibile come penalmente tipico ed offensivo nonché del suo possibile autore dovrebbe seguire immediatamente *l’indagine sull’imputabilità* di quest’ultimo, come premessa per l’eventuale formulazione di un giudizio circa la sua colpevolezza; in particolare, in ordine alla *suitas* della condotta ed all’attribuzione della medesima a titolo di dolo o (dove la legge ciò preveda) di colpa.

Ma così non è; e le ragioni si vedranno in séguito.

(4) Cfr. F. Antolisei, *op. cit.*, 258; A. Crespi, *op. cit.*, 767.

(5) V. ancora F. Antolisei, *op. cit.*, 254 ss.

(6) Cfr. in tema G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed. riveduta e aggiornata, Padova, 1976, 364 ss.; v. anche M. Bertolino, *L’imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 565; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 1989, 235; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 1992, 301 s.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. agg. da E. Dolcini - G. L. Gatta, Milano, 2015, 307 ss.; F. Ramacci, *Istituzioni di diritto penale*, III ed., Torino, 1992, 315 ss.

(7) Cfr. in questo senso (tra gli altri) G. Marinucci - E. Dolcini, *op. cit.*, 383. A sua volta, il Giudice delle leggi ha ricavato il “principio di colpevolezza” proprio dal coordinamento tra le due norme di cui al comma 1 (personalità della responsabilità penale) ed al comma 3 (funzione tendenzialmente rieducativa della pena) dell’art. 27 Cost., osservando che “*il ristabilimento dei valori sociali “dispregiati” e l’opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata “soggettiva antiggiuridicità” del fatto*” (Corte cost., 5 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1504 ss.).

(8) Cfr. F. Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1960, 34 ss.

## L'infermità mentale come causa di esclusione dell'imputabilità

L'imputabilità - si diceva - è esclusa nel caso d'*incapacità d'intendere e di volere* verificatasi, in capo all'autore, nel momento di commissione del fatto; ma questa regola - si badi bene - ha le sue eccezioni: talora la punibilità *permane*, a causa d'una espressa previsione legislativa, in capo a colui che, al *tempus commissi delicti*, non si sarebbe potuto considerare come "naturalisticamente capace". Infatti, tale è il caso di chi ha agito in istato d'incoscienza per ubriachezza o uso di sostanze stupefacenti, se una simile condizione non sia stata cagionata né da caso fortuito né da forza maggiore (v. artt. 91-94 c.p.) (9).

Di regola, invece, escluderà l'imputabilità - tra le altre cause - il "Vizio totale di mente"; cioè quell'"*infermità*" che abbia cagionato, nel momento della condotta, un "tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere" (art. 88 c.p.); ferma restando l'anzidetta irrilevanza degli "*stati emotivi o passionali*" (art. 90 c.p.).

La cultura giuridica si è evoluta da tempo, così da far porre in luce le ragioni di tale distinzione, risalente all'epoca (1930) della redazione d'un testo codicistico improntato a rigoroso autoritarismo ed ad un certo "provincialismo culturale": l'intento di evitare "disinvolture" nelle assoluzioni, nonché la diffidenza nei confronti della "psicologia del profondo" (allora vista come una scienza "nuova" e non pienamente affidabile) portarono il legislatore a concepire come rilevanti per il giudizio d'imputabilità le sole "malattie mentali" vere e proprie (10); cioè, le c.d. *psicosi*, "caratterizzate dalla perdita dei nessi logici e/o dal senso della realtà, nonché del senso della malattia"; distinguendosi in esogene (cioè: determinate da un "processo morboso che agisce dimostrabilmente a livello anatomico-organico-cerebrale", come le psicosi traumatiche da le-

sioni cerebrali, le psicosi infettive o tossiche o senili e le oligofrenie); ed in *endogene*, in cui i disturbi psichici si ritenevano *presumibilmente* riconducibili a predisposizione o condizionamento biologico (tali, ad es., la schizofrenia e le sindromi ciclotimiche) (11).

Per contro, dovevano restare ininfluenti, ai fini *de quibus*, le altre "anomalie psichiche"; cioè, le "*deviazioni dalla norma di cui si occupa la psicopatologia*"; tali le psicopatie (variazioni della personalità influenti prevalentemente sul piano caratteriale della vita affettiva e della volontà), le nevrosi, i disturbi degli impulsi (12).

Com'è noto, però, il limite implicato da siffatta distinzione è stato via via progressivamente superato. Si è infatti osservato, in questo senso, che l'art. 88 c.p. parla di "infermità" e non di "malattia", attribuendo poi rilevanza non già al morbo in sé, quanto al fatto che questo induca effettivamente una condizione psichica tale da dover esser ritenuta incompatibile con l'idoneità a comprendere il significato dei propri atti e quindi ad autodeterminarsi liberamente in modo coerente.

In base a questa considerazione, allora, la stessa dottrina ha considerato potenzialmente incidenti sull'imputabilità sia *l'infermità fisica* (ad es.: il delirio febbrile), quando abbia cagionato un'incapacità naturalistica; sia *qualsiasi causa* in grado di produrre una situazione soggettiva d'incoscienza o d'incapacità *all'agire volontario* (per es.: l'uso incolpevole di un farmaco non preparato per operare sul sistema nervoso centrale) (13).

Determinante al riguardo è stata poi l'evoluzione della giurisprudenza: mentre l'orientamento "tradizionale" (14) si manteneva tendenzialmente propenso a reputare incapacitanti *le sole psicosi vere e proprie*, il successivo indirizzo (attualmente risultante consolidato, in esito alla sentenza riguardante il "caso Raso", pronunciata dalle Sezioni Unite nel 2005, sulla base di un'amplissima disamina

(9) G. Marini, *op. cit.*, 246.

(10) "All'epoca in cui venne emanato l'attuale codice penale era ancora imperante il paradigma medico-organicistico, ancorché già messo in crisi, quanto meno in termini di certezza, dalle altre proposte del modello psicologico, poi successivamente diffusi. Ed il legislatore dell'epoca, mosso da un 'intento general-preventivo, mirante a bloccare alla radice dispute avanzate su basi malsicure e pretestuose [...], quindi, poteva fare affidamento su concetti ai quali si riconosceva una corrispondente base empirica: quello di infermità mentale identificava la malattia mentale in senso medico-nosografico" (Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, Raso, in *Cass. pen.*, 2005, 1862).

(11) V., tra gli altri, M. Romano - G. Grasso, *Commento sistematico del codice penale*, II, sub Art. 88, Milano, 1990, 31.

(12) M. Romano - G. Grasso, *loc. cit.*

(13) Infatti, la centralità che il principio di colpevolezza as-

sume nella concezione normativa "*consente di affermare che le c.d. cause di esclusione (o diminuzione) dell'imputabilità non sono tassative e che dunque accanto a quelle espressamente previste dal codice possono porsi altre, sempre che abbiano come effetto di privare concretamente il soggetto della capacità di intendere e di volere*" (M. Romano - G. Grasso, *op. cit.*, II, sub Pre-Art. 85, 8; v. anche, *ivi*, II, sub Art. 88, 34 s.; nonché - fra gli altri - A. Crespi, *op. cit.*, 771).

(14) In questo senso v., tra le decisioni "meno risalenti", Cass., Sez. VI, 7 aprile 2003, Spagnoli, in *Guida dir.*, 2003, n. 39, 76; Id., Sez. III, 25 marzo 2003, Simone, in *Riv. pen.*, 2004, 461; Id., Sez. VI, 12 marzo 2003, Moranzio, *ivi*, 2004, 749; Id., Sez. I, 22 novembre 2002, Pietroiusti, in *Guida dir.*, 2003, n. 37, 80; Id., Sez. V, 19 novembre 1997, Paesani, in *Giur. it.*, 1999, 374; Id., Sez. I, 20 ottobre 1997, Baldini, in *Cass. pen.*, 1988, 1367.

## Editoriale

# Processo penale

concernente i progressi avvenuti negli studi di psichiatria e di psicologia) (15) è venuto attribuendo rilievo anche alle forme di mera “psicopatia”; pur - si badi bene - esigendo per tale effetto, nelle relative ipotesi, la sussistenza di una specifica ulteriore condizione: non basta che il disturbo psichico abbia consistenza, gravità ed intensità tali da escludere concretamente, al *tempus commissi delicti*, la capacità d'intendere e di volere; ma occorre anche che sussista un preciso nesso causale fra il disturbo medesimo ed il fatto commesso (16).

### L'accertamento dell'infermità psichica nella dinamica del procedimento penale

Come si è posto in rilievo nel primo par., sembrerebbe che la verifica circa la sussistenza o non dell'imputabilità (per quanto qui interessa, quindi, dell'esistenza o non nell'imputato, *illo tempore*, di una condizione psichica tale da consentirgli “piena avvertenza” e “deliberato consenso” nell'agire) debba essere immediatamente successiva all'accertamento del fatto ed all'identificazione di una persona come indiziata di esserne l'autrice. Infatti, tale verifica parrebbe dover essere logicamente e giuridicamente preliminare a quella circa la colpevolezza e - quindi - la configurabilità di tale fatto come penalmente anti-giuridico.

Che così non sia, ed in particolare che l'accertamento relativo alla capacità naturalistica del reo possa intervenire solo al termine di un *iter* deputato in via prioritaria al riscontro d'una serie ulteriore di circostanze, si spiega con due ordini di considerazioni.

Anzitutto, la presunzione della sussistenza, in capo ad ogni essere umano in quanto tale, della capacità di percepire il significato della realtà esterna non-

ché quello dei propri atti, e di scegliere quindi il comportamento da tenere in modo coerente con tale percezione, è alla base stessa di ogni ordinamento penale basato sui concetti di responsabilità personale e di pena (17): che senso avrebbe comminare una sanzione afflittiva, indicando come tipiche le condotte cui essa si collega, se non si desse per scontato che i destinatari di tale minaccia sono in grado di comprenderne il significato ed operare conseguentemente, evitando ciò ch'è vietato ed attuando ciò ch'è prescritto? Insomma, l'idea del *libero arbitrio*, presupposto inespresso di ogni sistema sanzionatorio basato sul concetto di colpa individuale, porta inevitabilmente a far considerare l'imputabilità, in assenza di prova contraria, come “normale” condizione umana (18).

Inoltre, la condotta tipica ed “oggettivamente” anti-giuridica del non imputabile, pur non soggiacendo a pena, è però talora presupposto per applicare, all'autore del quale debba presumersi o ritenersi in concreto la pericolosità sociale, una *misura di sicurezza* personale; cioè, un provvedimento gravemente afflittivo della sua libertà personale. Pertanto, la salvaguardia del *diritto di difesa*, indicato come “*inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*” (art. 24, comma 2, Cost.) e la *presunzione d'innocenza* (artt. 27, comma 2, Cost., 6 par. 2 Conv. eur. dir. um., e 14 par. 2 Patto int. dir. civ. pol.) esigono che a decidere una simile restrizione non si possa addivenire se non dopo un adeguato *contraddittorio* (v. art. 111, commi 2, 3 e 4, Cost.) su tutti gli elementi dell'accusa; e ciò pregiudizialmente alla eventuale conseguente determinazione: *imputabilità* (inflizione della pena) / *non imputabilità* (con eventuale applicazione della misura di sicurezza).

(15) Cfr. SS.UU., 25 gennaio 2005, Raso, cit., *loc. cit.*, 1851 ss.

(16) In questo senso v., fra le altre sentenze, Cass., Sez. I, 25 giugno 2014, n. 52951, in *CED*, n. 261339; Id., Sez. III, 20 novembre 2013, n. 1161, in *Foro it.*, 2014, IV, 210; Id., Sez. I, 31 gennaio 2013, n. 48841, in *CED*, n. 258444; Id., Sez. II, 22 maggio 2012, n. 24535, *ivi*, n. 253079; Id., Sez. VI, 25 marzo 2010, n. 12561, *ivi*, n. 246741. La dottrina più recente sembra concordare pienamente con questa linea esegetica; v. M. Bertolino, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2005, 862 ss.; F. Centonze, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 247 ss.; M. T. Collica, *Anche i disturbi della personalità sono infermità mentali*, *ivi*, 420 ss.; T. Epidendio, *Disturbi della personalità e vizio di mente*, in questa *Rivista*, 2006, 232 ss.; S. Ferrari, *Disturbi della personalità e infermità di mente*, in *Legislaz. pen.*, 2007, 6 ss.; G. Fidelbo, *Le Sezioni Unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.*, 2005, 1873 ss.; A. Manna, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principi di colpevolezza*, in *Legislaz. pen.*, 2006, 1 ss.

(17) “*La vita pratica di ogni giorno poggia sul presupposto, implicitamente ammesso, che ciascuno di noi sia abbastanza capace di regolare la propria condotta in modo da non disattendere le aspettative degli altri: realtà o illusione, ciascuno vive come esperienza psicologica il sentimento della libertà di autodeterminazione in modo conforme alle scelte ed ai desideri. - È di qualcosa di simile che il moderno diritto penale si appaga. Esso cioè assume la [libertà] del volere non come un dato ontologico, ma come necessari presupposto della vita pratica; non come dato scientificamente dimostrabile, bensì come contenuto di una aspettativa giuridico-sociale*” (G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, 245).

(18) “*Dal rapporto tra l'art. 85 e gli artt. 88 ss. [...] si argomenta che l'imputabilità è considerata normalmente presente quando l'autore al momento del fatto [,] avesse raggiunto la maturità fisio-psichica [...] e non versasse in una situazione di infermità [...] che ne pregiudicasse la potenziale attitudine alla comprensione del mondo circostante e/o all'autocontrollo o autodeterminazione*” (M. Romano - G. Grasso, *op. cit.*, II, sub *Pre-Art. 85*, cit., 6 s.).

La conferma di ciò si ricava dalle norme del codice di rito penale che regolano la conclusione delle diverse fasi procedimentali.

Anzitutto, va ricordata la disposizione generale, in tema di prove, che antepone l'accertamento istruttorio circa l'"imputazione" a quelli concernenti la "punibilità" e la "determinazione della pena o della misura di sicurezza" (art. 187, comma 1, c.p.p.)

In particolare, poi, il sistema procedimentale non sembra consentire che una verifica della non imputabilità, effettuata nel corso delle indagini preliminari, possa determinare, al loro termine, l'emanazione di un provvedimento di archiviazione (19).

Difatti, una simile conclusione della fase investigativa è prevista quanto al caso d'"infondatezza della notizia di reato" (art. 408, comma 1, c.p.p.); situazione che, per la clausola d'interpretazione autentica dettata dall'art. 125 norme att. c.p.p., coincide con quella in cui "gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio". Pare impossibile, allora, concepire una simile conclusione quando, essendo pressoché certa sia la commissione del fatto sia la sua attribuzione ad una persona determinata, quest'ultima appaia però non imputabile: in una simile ipotesi, resterebbe aperta la questione della rispettiva pericolosità sociale, ai fini dell'eventuale applicazione d'una misura di sicurezza; soluzione, quest'ultima, che - evidentemente - non si potrebbe ritenere permessa se non in esito ad un accertamento giudiziale che avesse escluso ogni dubbio circa il fatto ed il suo autore. Né il caso di verificata incapacità naturalistica dell'indagato sembra riconducibile ad alcuna delle altre fattispecie (mancanza di una condizione di procedibilità; non punibilità per particolare tenuità del fatto; estinzione del reato; fatto non previsto dalla legge come reato) per le quali l'art. 411, comma 1, c.p.p. contempla l'archiviazione.

Parzialmente diversa parrebbe la soluzione per quanto concerne la definizione dell'udienza preliminare, con particolare riferimento alla possibilità che, una volta accertata la non imputabilità del prevenuto

in questa fase, la medesima si concluda con una sentenza di non luogo a procedere. Difatti, una simile soluzione è espressamente prevista, dal comma 1 dell'art. 425 c.p.p., per l'ipotesi in cui, a séguito di detta udienza, risulti, quanto all'imputato, "che si tratta di persona non punibile per una qualsiasi causa"; la quale fattispecie - secondo consolidato orientamento giurisprudenziale - è comprensiva anche della più specifica eventualità di soggetto individuato come non imputabile.

Tuttavia, una pronuncia giurisdizionale di non luogo a procedere per "incapacità naturalistica" al momento del fatto non è sempre ed incondizionatamente possibile: il comma 4 dell'art. 425 esclude simile esito se il giudice "ritiene che dal proscioglimento [conseguente ad eventuale successivo dibattimento] dovrebbe conseguire l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca" (20). In altri termini: la prospettiva di un accertamento della pericolosità sociale e della conseguente applicabilità d'un provvedimento destinato a neutralizzarla, essendo queste soluzioni consentite solo in esito a giudizio, preclude la possibilità di emanare una pronuncia liberatoria in esito ad udienza preliminare.

Né un proscioglimento del prevenuto per non imputabilità è ammesso nel corso degli atti preliminari al dibattimento, attraverso la particolare procedura camerale prevista dall'art. 469 c.p.p., qui circoscritta alle ipotesi di improcedibilità e di estinzione del reato il cui accertamento non richieda particolari valutazioni di merito (21); e recentemente estesa al solo caso di non doversi procedere per tenuità e non abitualità del fatto (ex art. 131 bis c.p.).

È quindi solo in esito a verifica dibattimentale di tutti i corrispondenti presupposti che risulta comunque doverosa una decisione liberatoria nei confronti del prevenuto per sua "incapacità naturalistica" al tempus commissi delicti: l'art. 530, comma 1, c.p.p. prevede l'assoluzione nell'ipotesi - tra le altre - in cui "il reato è stato commesso da persona non imputabile" (22).

(19) Cfr., in questo senso, M. G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992, 136; L. Bresciani, *Infermità di mente (profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1992, 448; P. L. Zanchetta, *Gli imputati infermi di mente e il nuovo codice di procedura penale*, in *Quest. giust.*, 1989, 888.

(20) Questo capoverso risulta formulato nella esposta versione in esito all'art. 2 *sexies*, comma 1, D.L. 7 aprile 2000, n. 82, conv., con modificazioni, dall'art 1, comma 1, L. 5 giugno 2000, n. 144. Tale novella ha così dato séguito alla sentenza costituzionale 10 febbraio 1993, n. 41, che aveva dichiarato il-

legittimo il comma 1 dell'art. 425, nella parte in cui legittimava il giudice a pronunciare il non luogo a procedere anche quando fosse risultata evidente la non imputabilità del prevenuto (v. in *Giust. pen.*, 1993, I, c. 142).

(21) Infatti, la clausola ha evidenti finalità di economia processuale (D. Chinnici, *Il regime del proscioglimento dibattimentale*, in *Giust. pen.*, III, 2001, c. 339).

(22) Questa formula - ultima nell'elenco di quelle relative ai *merita causae* - presuppone infatti la commissione di un reato; in particolare, *l'accertamento dell'avvenuta commissione, da parte dell'imputato, di un fatto costituente reato* (S. Lorusso,

## Editoriale

# Processo penale

Quanto poi alle condizioni che impongono una simile pronuncia, queste risultano dalla lettura congiunta dei commi 1 e 2 dell'art. 530: l'assoluzione è dovuta *non solo* nel caso in cui la non imputabilità (nella fattispecie: per vizio di mente determinato da infermità) risulta *inequivocabilmente dimostrata*, ma anche quando “*manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che [...] il reato è stato commesso da persona non imputabile*”.

Insomma, appare così risolta la questione circa l'onere sostanziale (23) della prova relativa alla imputabilità del prevenuto nel momento del fatto: trattasi di condizione soggettiva che, ai fini della condanna, deve risultare *pienamente accertata*; se, invece, gli esiti istruttori appaiano *escludere* una simile premessa, oppure *manchino del tutto* elementi a suffragio dell'imputabilità, o questi sembrino *insufficienti o contraddittori*, il prevenuto sarà liberato dal carico dell'accusa: “*in dubio pro reo*”.

Va rilevato allora, a questo riguardo, che, sotto il profilo del *quantum* di “evidenza” necessaria alla condanna, la non imputabilità risulta assimilata agli “*elementi costitutivi*” dell'imputazione, quali la sussistenza del fatto, la sua commissione da parte dell'accusato, la sua antigiuridicità penale (24).

Un discorso a parte merita però l'aspetto dell'onere formale di impulso ed attivazione per la raccolta dei dati occorrenti alla “ricostruzione storica” riguardante la capacità naturalistica dell'imputato al momento del fatto (25). Anzitutto, sembra indubbio che abbia poco senso giuridico parlare di onere probatorio formale in un processo “ad oggetto indisponibile”, come quello penale; in cui, quindi, nell'inerzia delle parti, al giudice sono ampiamente concessi poteri istruttori esercitabili d'ufficio (v. soprattutto gli artt. 507 e 508, c.p.p.) (26). Né si può dubitare che, anche circa l'imputabilità, la raccolta di elementi di prova in sede investigativa costituisca adempimento obbligatorio per il pubblico ministero, essendo questi tenuto a svolgere anche

“*accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta ad indagini*” (art. 358 c.p.p.) (27).

Potrà avvenire però che sia solo l'inquisito a conoscere circostanze tali da evidenziare o far porre in dubbio la propria piena attitudine, *illo tempore*, ad agire consapevolmente ed autodeterminandosi; nel qual caso, la difesa avrà, di fatto, un mero onere d'allegazione circa simili situazioni; ma, una volta che queste siano state *introdotte* nell'area dei fatti oggetto di prova, il loro accertamento (anche in esito ad indagini e richiesta dell'accusa, oppure *ope officio iudicis*) diverrà comunque condizione imprescindibile per la definizione della *res iudicanda* (28).

### In particolare, le eventuali verifiche per finalità cautelari

Peraltro, al processualista corre l'obbligo di evidenziare un peculiare *punctum pruriens*.

Infatti, il sistema penale, se subordina l'applicazione della misura di sicurezza “definitiva” all'accertamento con sentenza irrevocabile della non imputabilità e della pericolosità sociale, ammette anche che un provvedimento d'identico contenuto possa venire disposto provvisoriamente in via anticipata, nel corso del procedimento (art. 206 c.p.p.); del quale eventuale provvedimento il codice di rito penale assimila la disciplina a quella delle misure cautelari personali e - in particolare - a quella della *custodia carceraria*, consentendo l'emanazione d'un atto del genere solo da parte del giudice, su richiesta del pubblico ministero (29).

In particolare, il rispetto del principio di tassativa legalità - stabilito dalla Costituzione (art. 13, comma 2) in materia di coercizione personale - impone di ritenere ammesso, quanto al prevenuto, un siffatto trattamento soltanto per quei “fatti di reato” per cui sia prevista l'applicazione *in via definitiva* d'una misura di sicurezza individuale (v., per ciò che concerne il reo infermo di mente, l'art. 222, comma 1, c.p.p.); e sempre che a carico del suddet-

sub Art. 530, in A. Giarda - G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, 6700; nello stesso senso cfr. anche F. Cordero, *Codice di procedura penale commentato*, II ed., Torino, 1992, 634; Id., *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 985; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, 782).

(23) Quanto a questo concetto ci si permette di richiamare, anche per ulteriori riferimenti, P. Moscarini, *Lineamenti del sistema istruttorio penale*, Torino, 2017, 30 ss.

(24) V. in proposito P. Moscarini, *op. cit.*, 32.

(25) Per questa nozione si rinvia ancora a P. Moscarini, *op. cit.*, 30 s.

(26) G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, X ed., Torino, 2015, 225.

(27) Questa norma, nell'attuale sistema italiano “tendenzial-

mente accusatorio”, è espressione d'un ruolo di supplenza del pubblico ministero, chiamato anche a colmare eventuali lacune dell'attività difensiva (M. Pisani, *Il pubblico ministero*, in Id., *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, 18).

(28) Conf., in generale, a proposito della prova relativa ai “fatti favorevoli” P. Tonini, *op. cit.*, 259; il quale - però - aggiunge che l'imputato “*ha l'onere d'indicare con sufficiente precisione i fatti e di introdurre almeno un principio di prova*”.

(29) Sulla conformità delle norme codicistiche in tema di applicazione provvisoria delle misure di sicurezza ai principi ispiratori del “nuovo processo” v. Gius. Amato, sub Artt. 312-313, in E. Amodio - O. Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, 2, Milano, 1990, 220.