

prof. MARTA BERTOLINO
Università Cattolica del S.C. di Milano

IL “BREVE” CAMMINO DEL VIZIO DI MENTE. UN RITORNO AL PARADIGMA ORGANICISTICO?^(*)

SOMMARIO: 1. Imputabilità e questioni probatorie fra diritto penale e processo. – 2. Fallacie probatorie delle neuroscienze in tema di vizio di mente. – 3. L'affidabilità scientifica delle neuroscienze per il giudizio di imputabilità. – 4. Per un diritto penale dell'uomo.

1. Imputabilità e questioni probatorie fra diritto penale e processo

La responsabilità penale è colpevolezza per il fatto, nel senso – come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale – di fatto che sia «espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali»¹. La rimproverabilità del fatto è a sua volta presupposto imprescindibile di una pena in funzione di risocializzazione. Come ricorda ancora la Corte costituzionale: «Il ristabilimento dei valori sociali “dispregiati” e l’opera rieducatrice ed ammonitrice del reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata “soggettiva antiggiuridicità” del fatto»².

Quella penale è dunque una colpevolezza strettamente ancorata al fatto, ma fortemente caratterizzata anche da coefficienti psichici di attribuibilità di esso all’autore, grazie alla valorizzazione del legame funzionale che intercorre fra illecito e autore. A questo rapporto non si può rinunciare; non si può rendere autonoma dal fatto la colpevolezza, accontentandosi di una colpevolezza per la condotta di vita, d’autore, dell’atteggiamento interiore. Come, nello stesso tempo, però non si può rendere autonomo dalla colpevolezza il fatto, accettando forme di responsabilità c.d. oggettiva. Il rispetto di questo legame è infatti garanzia di un diritto penale che tutela la dignità dell’uomo e addita il culmine del processo di umanizzazione dell’illecito penale.

Nell’ambito di questo processo, di maggiore umanizzazione e di personalizzazione della responsabilità, vanno collocate le cause di esclusione della col-

* Relazione per il Convegno *Le Neuroscienze e il diritto*, Milano 19 dicembre 2008.

¹ Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364.

² Corte cost. 24 marzo 1988, cit.

pevolezza, e, ai nostri fini, in particolare quelle che incidono sull'imputabilità del soggetto attivo del reato, la definizione della quale nei termini di capacità di intendere e di volere è rinvenibile nell'art. 85 c.p.

Queste premesse teoriche dovrebbero trovare la sede naturale della loro pratica attuazione nel processo penale, al quale è appunto attribuita la funzione cognitiva dell'accertamento dei presupposti sostanziali della responsabilità penale. Ma troppo spesso le premesse sostanziali sono piegate a logiche probatorie che portano a privilegiare il fatto impersonalmente inteso. «Ne conseguono effetti a catena in tutta la cultura dell'accertamento, ossessionata dal solo fatto e sempre paga di schemi essenzialmente obiettivi»³.

Ad arricchire il catalogo di questi schemi contribuiscono senza ombra di dubbio anche le neuroscienze, le cui conquiste scientifiche non sono ignorate dal diritto, nonostante la loro natura e la rapidità con la quale esse si sono imposte sembrino far vacillare la stabilità delle relazioni fra diritto e scienza⁴. In particolare, quando le neuroscienze vengono applicate al giudizio sull'imputabilità, anche le problematiche dell'autore rischiano di diventare vittima di un processo di oggettivizzazione e di standardizzazione, che affascina nella sua componente di garanzia della certezza dell'accertamento giudiziale, presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità penale. Ma tutto ciò implica anche il rischio di una 'processualizzazione' delle categorie dottrinarie sostanziali, nel senso della sostituzione degli elementi costitutivi del reato con canoni probatori, da cui consegue una confusione fra oggetto dell'accertamento e strumento dell'accertamento. In altri termini, per tornare all'elemento costitutivo della capacità di intendere e di volere, esso finisce con l'essere forgiato e assorbito dalla relativa questione probatoria, per la risoluzione della quale oggi si fa sempre più affidamento sulle neuroscienze. Il rischio però che tale operazione implica è di una risposta restrittiva e generalizzante, quando si tratta di valutare l'incidenza della infermità mentale su quella capacità.

Questo fenomeno della trasformazione giurisprudenziale delle categorie

³ DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1998, Torino, p. 73.

⁴ A proposito di queste relazioni, sottolinea JASANOFF, *Biology and the Bill of Rights: Can Science Reframe the Constitution?*, in *American Journal of Law and Medicine*, 1987, p. 249 ss., come l'evoluzione giuridica necessitata dai cambiamenti scientifici si realizzi di solito attraverso un graduale processo di sviluppo. Gli ultimi progressi della scienza, in particolare della neurobiologia, hanno invece coinvolto in maniera repentina e sorprendente importanti categorie concettuali di profondo significato non solo culturale ma anche legale, come ad esempio quelle di personalità, di volizione, che trovano, tra l'altro, un riscontro costituzionale.

sostanziali a fini probatori finisce con il coinvolgere anche i principi, in particolare quello di colpevolezza e di rieducazione della pena allorché è in gioco la categoria delle scusanti. I principi si svuotano, perdono i loro connotati sostanziali garantistici: da principi guida, che assicurano fondamento ideologico, spessore culturale e prospettiva critica all'ordinamento penale, retrocedono a pure regole processuali, condizionate dalle vicende probatorie. Trasposto tutto ciò sul terreno dell'imputabilità, a dare contenuto alla categoria dommatica del vizio di mente finiscono con l'essere quegli istituti e quelle tecniche probatorie giudicate in grado di garantire l'accertamento delle verità fattuali. Ad essi oggi si vorrebbe infatti attribuire il primato della prova di qualsiasi verità di fatto, poiché, giustamente, «il diritto pretende di applicarsi ai fatti della vita, e ha senso se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti»⁵. Questo vincolo di realtà, che si traduce nel principio della verificabilità o falsificabilità delle ipotesi lungo le quali scorre l'accertamento giudiziale, è parte integrante del sistema penale ed è stato riconosciuto e reso vincolante dalla stessa Corte costituzionale nella nota sentenza sul plagio⁶. In tale decisione la Corte sancisce la necessità che «nelle norme penali vi sia riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiano verificabili». E conclude che «nella dizione dell'art. 25, che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe infatti assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili».

⁵ PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 955. A proposito della relazione fra prova giudiziale dei fatti e spiegazione positivista di essi nella prospettiva delle scienze naturali e sociali, v., di recente, MENASHE, *Is judicial proof of facts a form of scientific explanation? A preliminary investigation of 'clinical' legal method*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2008, 12, p. 32 ss.

⁶ Con tale sentenza la Corte (Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96) ha infatti dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 603 c.p. per contrasto con l'art. 25 Cost. sotto il profilo del principio di tassatività-determinatezza della fattispecie.

Nemmeno le norme che disciplinano il giudizio sulla capacità di intendere e di volere si sottraggono al vincolo di realtà, nonostante finora la scienza psicopatologica non sia stata in grado di soddisfare le esigenze di certezza che da esso discendono. Si tratta infatti di provare fenomeni psichici, che, almeno fino a qualche anno fa, sembrava in molti casi estremamente difficile se non impossibile individuare sul piano pratico, mancando sicuri criteri diagnostici per qualificare e distinguere le diverse patologie psichiatriche ai fini della risposta penale. Con la conseguenza di accertamenti sull'infermità mentale incerti e affidati all'arbitrio del giudice, o, meglio, del perito.

In questo incerto panorama dell'imputabilità, ma lo stesso si può dire a proposito dell'elemento soggettivo del dolo e del suo coefficiente di intensità, tecniche diagnostiche come quelle per neuroimmagini rischiano di venire contrabbandate come le uniche risorse probatorie in grado di rispettare quel vincolo, in grado cioè di veicolare quella realtà e dunque di assicurare la verificabilità delle ipotesi prese in considerazione. Ciò comporta un monopolio giudiziale dell'applicazione delle norme e un'incidenza della prova sulle categorie sostanziali dell'imputabilità e del dolo, influenzando sui contenuti essenziali di essi.

Anzi, le neuroscienze applicate al diritto, soprattutto per l'accertamento dell'infermità mentale, sembrano addirittura superare le aspettative dettate dal vincolo di realtà. Le neuroimmagini del cervello, la rilevazione di danni ai lobi prefrontali spingono il giudizio di imputabilità per vizio di mente oltre il vincolo di realtà stesso, e così esse provano troppo. Al punto da far pensare che il giudizio sull'imputabilità possa interrompersi proprio dove invece dovrebbe iniziare: e cioè nell'accertamento fattuale di una qualsivoglia patologia delle funzioni cerebrali. Ma, come è noto, questo accertamento non basta: è necessario, ma non è sufficiente per riconoscere il vizio di mente o al contrario per escluderlo. L'accertamento patologico attiene infatti al primo dei due piani in cui si struttura il giudizio di imputabilità nel codice penale. Al piano della diagnosi di infermità segue infatti quello relativo alla verifica dell'incidenza della patologia mentale sulla capacità di intendere e di volere. Un giudizio quindi particolarmente complesso, delicato ed esposto al rischio di facili sperequazioni applicative, anche perché, sotto il profilo dei suoi contenuti, è fortemente intriso di momenti valutativi.

Questi momenti valutativi sarebbero messi in pericolo da un acritico irrompere delle neuroscienze nel processo. Esse, sembrando fornire sicuri referenti naturalistici dell'imputabilità penale, piegano a loro favore la decisione sui criteri di scelta del modello scientifico al quale agganciare la spiegazione norma-

tiva. Ma – come è stato giustamente osservato – «vincolare la normativa sull'imputabilità ad un particolare paradigma scientifico non si risolverebbe nell'auspicato apporto di razionalità e di certezza, ma aggraverebbe la disparità di trattamento per tutti i casi non rientranti nel quadro esplicativo adottato»⁷. Di fronte dunque a situazioni «a più chiavi di lettura», la dottrina penalistica sottolinea come le scelte di lettura da adottare non debbano provenire «dai contesti scientifici di volta in volta implicati, ma piuttosto si ricavano dall'impiego normativo dell'imputabilità quale elemento necessario nell'insieme dei requisiti per l'attribuzione della responsabilità penale»⁸. In ultima analisi, occorrerebbe riconoscere alla componente normativa dell'imputabilità il ruolo primario nella individuazione delle condizioni di rilevanza della capacità di intendere e di volere. Ma questo non può tuttavia giustificare ancora un'astrazione della categoria dell'imputabilità, tale da sottrarla a quella verifica di realtà che si compie nel processo. Proprio perché essa implica un rinvio alla colpevolezza come rimproverabilità normativa del fatto illecito, il collegamento con la realtà empirica dei contenuti oggetto della prova processuale è garanzia dell'effettiva rimproverabilità o meno del fatto all'autore. Il problema è allora quello dei rapporti fra giudizio normativo e giudizio empirico-naturalistico dell'imputabilità, in particolare quando si tratta di individuare i confini dell'infermità mentale da assurgere a vizio di mente.

2. Fallacie probatorie delle neuroscienze in tema di vizio di mente

Per 'disciplinare' questi rapporti il legislatore del '30 offre un giudizio di imputabilità c.d. misto, che – come già si è anticipato – si struttura cioè su due livelli: patologico e psicologico-normativo. Il primo livello rappresenta il momento diagnostico, di accertamento e di inquadramento del disturbo psichico; il secondo è caratterizzato dall'indagine sulla rilevanza da attribuire a siffatto disturbo in ragione della sua incidenza sui processi intellettivi e volitivi dell'individuo, secondo però un modello che potremmo a sua volta definire bifasico. L'indagine circa la rilevanza del disturbo è di duplice natura: psicopatologica e normativa.

Quella psicopatologica compete all'esperto, il quale sulla base delle cono-

⁷ MILITELLO, *Imputabilità ed assunzione di stupefacenti fra codice e riforma*, in BRICOLA, INSOLERA (a cura di), *La riforma della legislazione penale in materia di stupefacenti*, Padova 1991, p. 141.

⁸ MILITELLO, *Imputabilità*, cit., p. 142.

scienze scientifiche a sua disposizione dovrebbe spiegare al giudice se, perché e come la diagnosticata infermità mentale abbia annientato o semplicemente compromesso la capacità di comprendere e quella di volere dell'imputato. Al giudice invece spetta in via esclusiva il compito di risolvere le questioni di responsabilità penale alla luce di tale verifica 'esperta', e che attengono all'interpretazione della disciplina codicistica, all'applicazione coerente e razionale delle categorie dommatiche coinvolte e alla rilevanza da riconoscere alle istanze politico-criminali. Dalla soluzione di tali questioni dipende l'ultima parola sulla capacità di intendere e di volere di colui che ha commesso il reato. Per non violare questo patto di 'esclusiva normativa' sulla imputabilità penale, che implica riconoscere «nel concetto dell'imputabilità la sua primaria componente normativa», occorre allora «sfuggire all'ipoteca metodologica di un distorto naturalismo»⁹.

Gli apporti delle neuroscienze rendono invece difficile questa fuga, con il rischio di una 'saturazione di empiria' di un modello esplicativo, quello dell'imputabilità, che lascia sì ampi spazi ai contributi delle scienze empiriche, ma che non potrà mai in essi esaurirsi. Potremmo definire questa posizione una necessaria esplicazione del principio generale di autonomia del diritto penale, il quale rifiuta qualsiasi sua subordinazione nozionale e funzionale ad altri rami dell'ordinamento o ad altre discipline, tale da fare del diritto penale un puro diritto sanzionatorio. In altre parole, quando il diritto penale richiama direttamente concetti o categorie tipici di altre discipline, come a proposito dell'infermità mentale nel giudizio di imputabilità, per esigenze specifiche della attribuzione penalistica di responsabilità, questi concetti inevitabilmente possono o devono essere forgiati in modo tale da rispondere a queste esigenze, naturalmente nel rispetto del vincolo di realtà.

E, ai fini del vizio di mente, la realtà fattuale del fenomeno infermità mentale non si esaurisce nella descrizione di una patologia funzionale del cervello, il primo piano del giudizio di imputabilità. Essa implica anche l'esame dell'incidenza patologica sulla capacità di intendere e di volere, il secondo piano del giudizio. Il modello offerto dalle neuroscienze finora non è stato in grado di assicurare questo esame, per la sua natura descrittiva e non anche esplicativa, poiché esso si limita a scoprire le correlazioni fra funzioni cerebrali e comportamento umano. Sotto questo punto di vista esso non rappresenta nulla di diverso dal modello diagnostico già offerto dal DSM, il più diffuso manuale diagnostico dei disturbi psichici, che nella versione più aggiornata dovrebbe tra

⁹ MILITELLO, *Imputabilità*, cit., p. 143.

l'altro arricchirsi dei nuovi Assi neuroevolutivo e genetico¹⁰.

Dei due modelli, uno, il DSM, descrive sindromi psichiche, l'altro le correlazioni fra funzioni e regioni cerebrali e comportamento umano. A tale ultimo proposito si è rilevato «come i dati forniti dagli strumenti di neuroimmagine abbiano carattere fondamentalmente correlativo, e come la loro interpretazione sia condizionata da conoscenze a priori derivanti da campi molto diversi, come la sperimentazione sull'animale»¹¹. Entrambi i paradigmi della malattia mentale sono dunque di tipo descrittivo e non interpretativo-esplicativo.

A differenza però da quello del DSM, il paradigma neuroscientifico è sembrato in grado di soddisfare l'attesa messianica di verità scientifica della prassi. Come emerge infatti da diversi studi americani¹², i giurati e i giudici provano una sorta di deferenza verso le macchine e le tecniche neuroscientifiche¹³ e rimangono quindi più facilmente 'abbagliati' dai pareri degli esperti che si fondano sui risultati delle neuroscienze a sostegno di un verdetto di "non colpevole per insanità mentale". E testimonianze esperte di questo genere sembrerebbero disponibili anche per i disturbi psichici più problematici al limite con la normalità, come i disturbi di personalità. Anche a proposito di queste patologie aumenta così il rischio che l'evidenza di un collegamento fra cambiamenti strutturali cerebrali e disturbi di personalità o anche psicopatie venga interpretata arbitrariamente come prova che il comportamento criminale trova la sua causa nella patologia mentale, che ha abolito o diminuito la capacità di intendere e/o di volere del soggetto. Dalle ricerche sperimentali sarebbe infatti emerso che i verdetti di non colpevolezza per insanità mentale in caso di disturbi di personalità aumentano notevolmente (dal 12% al 42,9%), quando viene fornita la prova che l'imputato ha subito un trauma cranico e attraverso neuroimmagini si evidenziano danni ai lobi frontali¹⁴.

¹⁰ Cfr. LANG, FIORINO, *Il disturbo di personalità nel DSM-V*, in CIPOLLA, BANA (a cura di), *Scienze giuridico-penali e scienze empirico-sociali a confronto*, Bruxelles, 2007, p. 93.

¹¹ CAPPA, *La neurologia delle funzioni mentali di ordine superiore*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà*, Milano, 2008, p. 54, il quale sottolinea come il fatto di osservare che un tipo di scelta economica determini «l'attivazione della amigdala non ci dice in fondo molto di più rispetto al constatare che i soggetti dimostrano un coinvolgimento emotivo, e trovare che un'area frontale mesiale si correla con compiti di scelta è ben lungi dall'esaurire il problema della libertà del volere».

¹² Cfr., da ultimo, GURLEY, MACUS, *The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses*, in *Behavioral Science and the Law*, 2008, p. 85 ss.

¹³ V. PARDO, *Neuroscience Evidence, Legal Culture, and Criminal Procedure*, in *American J. Crim. Law*, 2006, p. 304.

¹⁴ Così GURLEY, MACUS, *The Effects of Neuroimaging and Brain Injury on Insanity Defenses*,

Alto è perciò il coefficiente di rischio di facili deduzioni causali pur in assenza di una spiegazione, ed altrettanto alto è il rischio che questi nessi causali siano erroneamente interpretati nei termini di determinazione al comportamento criminale. Questa determinazione causale viene, poi, spesso considerata di per sé scusabilità, secondo quello che viene chiamato il “fondamentale errore psicolegale”¹⁵. Ma la causalità in senso biologico non significa ancora la perdita della libertà, dato che quest’ultima può quantomeno essere intesa «come la possibilità di scegliere tra ipotesi di azione differenti su un ventaglio di possibilità limitate»¹⁶. E ciò è sufficiente per legittimare la responsabilità penale come responsabilità personale. D’altra parte, nemmeno il fatto di riconoscere che l’uomo è fondamentalmente una creatura computazionale, condizionata cioè dall’attività cerebrale nella elaborazione delle informazioni, autorizzerebbe a concludere che l’uomo sia un automa senza mente; anzi, al contrario, occorrerebbe affermare che comunque l’uomo possiede la facoltà di scegliere¹⁷.

Il modello delle neuroscienze sembra allora riproporci i limiti riduzionistici dei paradigmi naturalistici come quello medico-organicistico, secondo il quale la malattia mentale è una malattia di origine organica. Tuttavia, l’immagine della malattia mentale che le neuroscienze offrono è ancora più riduttiva di quella organicistica: è quella biologica, è quella dei processi neurali, è cioè quella della malattia di un uomo che è guidato dalle (e si esaurisce nelle) sue funzioni e nelle sue prestazioni biologiche. Dal modello della complessità, della spiegazione multifattoriale, integrata, della malattia mentale, si ritorna a quello della semplificazione, della spiegazione monofattoriale, monocausale di essa.

cit., 93; peraltro, dallo stesso studio sperimentale sarebbe anche emerso che, pur in presenza di evidenti prove neurologiche, la giuria arriverebbe comunque con una certa difficoltà ad un verdetto di “non colpevole per insania mentale”. E questo perché sulla decisione dei giurati una forte influenza sarebbe esercitata dalle loro stereotipate convinzioni circa il comportamento criminale.

¹⁵ Cfr. MORSE, *Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note*, in *University Pennsylvania Law School. Research Paper*, 2006, n. 06-35, p. 405 ss. Cfr. anche JASANOFF, *Biology and the Bill of Rights*, cit., p. 280, secondo la quale ai fini della responsabilità penale i contributi delle neuroscienze non porteranno al superamento del principio della libertà del volere, ma, almeno nell’immediato futuro, ad una domanda di affinamento della nozione di volizione e conseguentemente ad un più appropriato approccio alla questione della punizione del comportamento criminale.

¹⁶ MAURO, *Evoluzione, geni e libertà*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche*, cit., p. 152.

¹⁷ Così MONTAGUE, *Perché l’hai fatto. Come prendiamo le nostre decisioni*, Milano, 2008, p. XV s.

Notevoli sono però le conseguenze di questi sviluppi a livello della prova dell'incidenza del disturbo psichico sulla capacità di intendere e di volere, il secondo piano del giudizio di imputabilità. Un accertamento dell'infermità mentale rilevante ai fini dell'esclusione o riduzione della imputabilità che si risolvesse nella prova della presenza di patologie funzionali del cervello, come già anticipato, significherebbe infatti una oggettivizzazione e standardizzazione del secondo piano del giudizio di imputabilità. Cosa che mette a repentaglio la dimensione normativa dell'imputabilità, poiché la connotazione personalistica della responsabilità penale, rappresentata della colpevolezza come rimproverabilità del fatto di reato, esige una risposta alla domanda sul come e il perché dell'attivarsi del funzionamento cerebrale e sullo scopo di esso.

Nonostante le neuroscienze non siano ancora in grado di rispondere a questo interrogativo, dato che la scoperta delle correlazioni neurali dei fenomeni mentali non basta per spiegare come questi fenomeni siano possibili, in sede processuale la 'spiegazione neurale' della malattia mentale sembra invece sollevare dal difficile compito della comprensione esplicativa in termini soggettivi, individualizzanti, dei 'fatti' patologici oggettivamente verificati. In breve, la dimostrazione neuroscientifica di una qualsivoglia patologia mentale rischia di essere assunta già come prova della sussistenza di un vizio totale o parziale di mente. Ma non si può lasciare che dalla presenza o meno di un riscontro neurologico dipenda in maniera esclusiva o comunque preponderante la scusabilità del comportamento deviante, anche perché non è ancora provato che tutte le patologie mentali rilevanti ai fini dell'imputabilità abbiano sempre e comunque un riscontro di tal genere. Non sempre infatti il disturbo psichico e non tutte le tipologie di disturbo psichico sembrano lasciare una traccia cerebrale; si pensi, ad esempio, ai disturbi psichici di natura del tutto transitoria, come le reazioni a corto circuito. Ignorare tutto ciò significa affidare il giudizio sulla capacità di intendere e di volere del soggetto agli strumenti di lettura dei processi cerebrali¹⁸.

Importanti indicazioni contro la tentazione di risposte generalizzanti di scusabilità del comportamento deviante sulla sola base del dato oggettivo patologico, ma che rischiano nello stesso tempo di essere riduttive, quando dall'ambito della scusabilità estromettono invece i soggetti la cui patologia men-

¹⁸ D'altra parte sembrerebbe che i giudici americani siano meno propensi a condannare alla pena capitale, in presenza di prove neurologiche di danni cerebrali tali da aver influito sulla capacità di volere dell'imputato, v., per es., la sentenza *People vs. Jones*, 620 N.Y. 2d. 656 (App. Div. 1994), 85 N.Y. 2d. 998 (1995).

tale non risulti ‘certificata oggettivamente’, si possono d’altra parte cogliere in una importante sentenza delle Sezioni unite della Cassazione¹⁹. In essa la Corte si pronuncia a favore di un’interpretazione del concetto di infermità in senso ampio, tale cioè da ricomprendere anche i disturbi al limite della normalità, come quelli di personalità, *borderline*, psicopatici, nevrotici. Cosa che fa alla luce di una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 85, 88 e 89 del codice penale. Questa lettura consente di affermare che ai fini del giudizio sull’imputabilità del soggetto che ha commesso un reato «non può non rilevare una situazione psichica che, inserita nel novero delle “infermità”, determini, ai fini della imputabilità, una incolpevole non riconducibilità di determinate condotte al soggetto agente, quale persona dotata “di intelletto e volontà”, libera di agire e di volere, cognita del valore della propria azione, che ne consenta la sua soggettiva ascrizione, senza che su tale sostanziale condizione possa fare aggio la mancanza (o la difficoltà) della sua riconducibilità ad un preciso, rigido e predeterminato, inquadramento clinico, una volta che rimanga accertata la effettiva compromissione della capacità di intendere e di volere». E, precisa ancora la Corte, «a tale accertamento il giudice deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, dell’indispensabile apporto e contributo tecnico, di ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

Un accertamento complesso dunque che, sempre secondo la Corte, deve essere volto a verificare anche il nesso eziologico tra il disturbo mentale e il fatto di reato, e che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo. L’esame e l’accertamento di tale nesso eziologico – precisano infatti le Sezioni unite – si appalesa «necessario al fine di delibare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma 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 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

¹⁹ Cass. sez. un. 8 marzo 2005, n. 9163 in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 837 ss. con nota di BERTOLINO.

tutto in un'ottica, concreta e personalizzata, di rispetto della esigenza general-preventiva, da un lato, di quella individualgarantista, dall'altro».

3. *L'affidabilità scientifica delle neuroscienze per il giudizio di imputabilità*

Perché questo schema di giudizio non sia compromesso, non sia minato da cedimenti alle 'neurotentazioni', è necessario che il giudice non abdichi al suo compito fondamentale e cioè a quello di *gatekeeper* della scientificità dei mezzi di prova anche quando si tratta del vizio di mente. Le neuroscienze, e in particolare alcune di esse, sono infatti ancora scienze immature; primo compito del giudice diventa allora quello di valutare se la neurodisciplina, a fondamento del parere esperto sottoposto alla sua verifica, abbia raggiunto uno stadio tale di sviluppo da poter risultare scientificamente affidabile. A tal fine soccorrono ancora una volta i criteri elaborati a partire dalla nota sentenza americana, *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*²⁰, che, come sostengono gli stessi esperti, devono essere assunti «come uno stimolo forte ad elevare il livello scientifico dei pareri che gli esperti presentano in Tribunale, ad agganciarlo alle competenze scientifiche esistenti, a stimolare i periti a documentarsi sugli strumenti in uso, a presentare i dati con metodo perché il nostro contributo possa essere realmente "utile"; e può esserlo, a nostro avviso, vuoi quando si è in grado di esprimere un parere fondato che dirime un dubbio, vuoi quando non lo si può fare per insufficienza di elementi, perché in entrambi i casi si aiuta il Giudice, che comunque dovrà esprimersi su quel caso, a farlo nel migliore dei modi»²¹.

Tuttavia, nella stima delle consulenze, perizie, pareri degli esperti i giudici non sempre sembrano essere attenti 'valutatori', essendo influenzati dalla percezione che essi hanno circa la natura scientifica o meno della *evidence* da va-

²⁰ Secondo la quale ai fini della decisione se ammettere o meno una prova scientifica come rilevante occorre che essa sia affidabile scientificamente non solo in base al criterio della «generale accettazione» da parte della comunità scientifica interessata, ma anche ad altri criteri; in particolare al criterio della controllabilità e falsificabilità e cioè che la teoria o la tecnica su cui si fonda la prova possa essere e sia stata «testata»; a quello secondo il quale la teoria o la tecnica deve avere avuto riscontro positivo nella comunità scientifica di riferimento e infine a quello del noto o potenziale margine di errore e degli standards relativi alla tecnica impiegata.

²¹ V. CATANESI, MARTINO, *Verso una psichiatria forense basata su evidenze*, in CIPOLLA, BANNA (a cura di), *Scienze giuridico-penali*, cit., p. 230.

lutare. Da recenti studi americani²² sarebbe emerso infatti che nello svolgere la loro funzione di custodi della scientificità del metodo e dei risultati delle testimonianze esperte i giudici risentono della percezione di scientificità che essi hanno della prova oggetto del giudizio di ammissibilità. Nel senso che quanto più forte è questa percezione, tanto più elevato è il numero delle caratteristiche relative all'esperto e alla prova che vengono prese in considerazione e tanto più elevato è anche il numero delle prove non ammesse. Gli stessi giudici tendono infatti ad essere più rigorosi nell'applicazione delle linee-guida *Daubert* alle prove che essi considerano scientifiche, in ragione, in particolare, della complessità di esse e del metodo quantitativo da esse utilizzato.

Ma le tradizionali testimonianze psicologiche/psichiatriche non appaiono rientrare fra queste prove. Sembra che i giudici le considerino dotate di un basso coefficiente di scientificità e questo perché: a) nella maggioranza dei casi tali testimonianze non si basano su metodologie quantitative (mentre quelle per neuroimmagini sono rappresentazioni computerizzate del cervello attraverso misurazioni numeriche di eventi fisiologici); b) il numero delle caratteristiche dell'esperto e delle prove prese in considerazione dai giudici è risultato più basso rispetto a quello di altre prove; c) quelle psicologiche/psichiatriche non sono perciò considerate complesse e, conseguentemente, sono state più facilmente accolte. Queste conclusioni sembrerebbero rispecchiare la realtà prasseologica, nella quale le testimonianze esperte di natura psicologico-psichiatrica troppo spesso si sottraggono alla verifica secondo i criteri di scientificità che valgono invece per le altre tipologie di pareri esperti. Con la conseguenza della loro ammissibilità anche quando esse siano fondate su valutazioni cliniche inaffidabili²³.

Alla fine, nel processo è il punto di vista personale sul tipo di prova, se scientifica, tecnica o espressione di altro sapere esperto, che influenza il giudizio di ammissibilità di essa ed il suo grado di affidabilità. Il modello scientifico di riferimento è dunque il risultato di «una sorta di “processualizzazione del metodo scientifico” che passa attraverso il contraddittorio tra gli esperti»²⁴. In altre parole, è il modello della scienza come costruzione sociale di es-

²² Cfr. MERLINO, MURRAY, RICHARDSON, *Judicial Gatekeeping and the Social Construction of the Admissibility of Expert Testimony*, in *Behavioral Science and the Law*, 2008, 26, p. 1887 ss. e ivi la bibliografia.

²³ Sottolinea tale aspetto, KULYNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence: A High-Tech Crystal Ball?*, in *Stanford Law Rev.*, 1997, 49, p. 1250, ivi la bibliografia.

²⁴ TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in DE CATALDO NEU-

sa che si va delineando in sede processuale²⁵. Di questo i giudici devono essere consapevoli per non rimanere vittima di illusioni di scientificità, come potrebbe accadere nel caso delle prove neurologiche. Esse, in quanto percepite come prove scientifiche, superato il vaglio di scientificità, assumerebbero una valenza probatoria tale da essere assunte come capaci di svelare verità incontrovertibili, anche in relazione alla capacità di intendere e di volere dell'imputato, con la conseguenza di un annullamento del contraddittorio come strumento di falsificazione. Come già ricordato all'inizio, infatti, «quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio dei piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano e infine si sovvertono»²⁶.

Perché questo non succeda, occorre allora particolare cautela da parte del giudice quando si tratta di fondare la propria decisione di incapacità per vizio di mente, e magari anche quella di pericolosità, sulla base delle 'testimonianze' offerte dalle neuroscienze. Se per un verso infatti prove di tal genere non potrebbero essere rifiutate adducendo semplicemente che si tratta di scienza c.d. "spazzatura" (*junk science*), per altro verso non sarebbe nemmeno auspicabile un'accettazione acritica di esse da parte dei giudici, in quanto esoteriche testimonianze. In breve: questi ultimi dovrebbero acquisire la capacità di distinguere l'uso corretto da quello scorretto delle immagini cerebrali, anche perché esse, a proposito dello stesso oggetto di indagine, possono offrire risposte diverse in ragione dei particolari parametri tecnici di volta in volta scelti per costruire l'immagine stessa²⁷.

Il compito di 'sostanziosi consumatori' di teorie e metodologie scientifiche, che con la sentenza *Daubert* è stato attribuito ai giudici, diventa allora ancora più impegnativo quando si tratta di metodologie probatorie come quelle delle

BURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, p. 69; cfr. anche CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in SCALFATI (a cura di), *Impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano 2006, p. 90 ss.

²⁵ JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, p. 11 ss.

²⁶ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 535.

²⁷ Cfr. KULYNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence*, cit., p. 1254, la quale sottolinea come alla fine si possa arrivare a risultati molto differenti quando la stessa indagine cerebrale è svolta da diversi laboratori. Con la conseguenza che questa insita variabilità tecnica rende ancora più complicata la valutazione giudiziale della prova per neuroimmagini.

neuroscienze. Tali metodologie diagnostiche si prestano ad interpretazioni fuorvianti circa l'incidenza della infermità mentale sulla capacità di comprendere il significato di disvalore sociale del fatto e di controllo e di indirizzo del comportamento.

Per far fronte a questo grave inconveniente può forse soccorrere una dimensione metodologica del tutto peculiare, che assicura un duplice controllo di scientificità: la valutazione giudiziale dell'evidenza scientifica offerta dalle neurodiscipline dovrebbe tenere conto della struttura a due piani del giudizio di imputabilità, organizzandosi a sua volta su due livelli. Al primo livello, a cui corrisponde il piano medico-biologico del giudizio di imputabilità, compete l'indagine sulla affidabilità scientifica della prova tecnica, qual è quella per neuroimmagini, dalla quale emerge la presenza o l'assenza di un disturbo psichico. Nessun dubbio che in questa fase il giudice dovrebbe valutare la scientificità della prova secondo il protocollo riservato alle c.d. *hard science* e che nel processo si traduce nell'applicazione dei criteri *Daubert* e successivi. Ciò al fine di evitare il rischio di una sudditanza giudiziale facilmente insito nelle prove, che, come quelle neuroscientifiche, sono dotate di forza autoritativa. Al secondo livello, a cui corrisponde il piano psicologico-normativo del giudizio di imputabilità, compete la valutazione della c.d. prova inferenziale, alla quale il giudice non può comunque sottrarsi. Tale tipo di prova non rientra fra quelle di tipo autoritativo, ma ha natura persuasiva²⁸. Questo non significa che l'organo giudicante debba rinunciare a valutare attentamente la tenuta scientifica delle inferenze che l'esperto trae dalle prove neuroscientifiche a proposito della capacità di intendere e di volere del soggetto. Anzi, il giudice deve avere la piena consapevolezza che, a proposito di questa tipologia di prova, forte è il rischio che anche la competenza dell'esperto psichiatra o psicologo non sia adeguata ai fini di una corretta interpretazione delle nuove tec-

²⁸ Nel senso che, mentre rispetto al prova c.d. autoritativa il giudice può non essere in grado di capire e valutare il ragionamento esperto, ma comunque ritenere che ci siano buone ragioni per accettarne le conclusioni, nel caso di quella c.d. persuasiva il giudice, invece, accoglie o rifiuta le inferenze tratte dall'esperto, in quanto fondate su argomenti più o meno persuasivi. Ciò implica che colui che giudica ritiene di essere in grado di seguire il ragionamento specialistico; di soppesarne la fondatezza alla luce di altre prove e quindi di poterlo accettare o rifiutare in base al suo libero convincimento. Su questa distinzione ai fini della valutazione della prova scientifica, cfr., di recente, WARD, *English Law's Epistemology of Expert Testimony*, in *Journal of Law and Society*, 2006, p. 582, e ivi la bibliografia, il quale distingue anche un terzo tipo di prova: quella che viene assunta come pura fonte di informazioni fattuali, poiché le inferenze che il perito trae da tali informazioni vengono dal giudice ignorate o comunque considerate inammissibili.

niche diagnostiche. È, questo, infatti, il campo delle c.d. *soft science*, delle scienze sociali o scienze umane, rispetto alle quali anche si impone dunque l'esigenza di «una razionalizzazione analitica della valutazione», in quanto occorre che «si chiarisca e si renda esplicito il contesto degli *standards* dai quali dipendono le inferenze e le valutazioni relative al singolo caso, e che questi stereotipi siano sottoposti a convalida scientifica»²⁹.

Seguire questa indicazione significa, in via generale, che anche per le scienze dell'uomo non ci si debba più accontentare di sbrigativi riferimenti a massime d'esperienza tratte dal senso comune, come anche la stessa Corte di cassazione ha ricordato³⁰; in via particolare, che non è possibile accontentarsi di facili deduzioni circa la capacità di intendere e di volere, quando il giudice chiede alla psichiatria e alla psicologia cliniche di valutare se lo stato di infermità diagnosticato con gli strumenti delle neuroscienze abbia danneggiato e in che misura quella capacità. Anche per questa valutazione il giudice deve infatti in primo luogo esigere dalla perizia psicopatologica scientificità del metodo, trasparenza metodologica, chiarificazione preliminare delle procedure peritali e delle conoscenze psicopatologiche che il perito intende seguire. E, in secondo luogo, il giudice deve esprimere il suo giudizio di affidabilità scientifica della prova dell'incidenza del danno cerebrale sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, utilizzando i parametri offerti a partire dalla sentenza *Daubert*. Un passaggio, questo, delicato e impegnativo per il giudice, per l'innegabile «gap deduttivo»³¹ fra le scoperte «scientificamente *hard*» derivanti dagli studi per neuroimmagini e il grado di rilevanza probatoria da riconoscere in sede processuale a queste scoperte cliniche sulla base dei parametri offerti dalle scienze *soft*.

²⁹ TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 232.

³⁰ Cfr. Cass. 19 aprile 2007, CED 236427, che, proprio in tema di valutazione delle conclusioni peritali circa l'imputabilità dell'agente affetto da un grave disturbo di personalità, ha perentoriamente affermato che non è consentito al giudice, «che si accinge alla valutazione dell'unico thema decidendi interamente appartenente alla valutazione medico-legale, dissentire da conclusioni rassegnate nell'ambito di tale scienza sulla base di considerazioni del tutto estranee ad essa e ricavate dalla comune esperienza». Con la conseguenza di «una intrinseca contraddizione del percorso argomentativo della decisione» e quindi del «vizio di illogicità della motivazione della sentenza». In dottrina, v. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 232 s.; ID, *La prova scientifica nel processo civile*, Relazione presentata al Convegno «Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche», Firenze, 7-8 maggio 2004, p. 6 ss., datt.

³¹ SHOWALTER, *Distinguishing Science from Pseudo-Science in Psychiatry: Expert testimony in the Post-Daubert Era*, in *2 Va. J. Soc. Pol. & L.*, 1995, p. 211.

La questione è dunque ancora una volta di natura metodologica. Sotto questo punto di vista occorre peraltro essere consapevoli del relativismo che ormai domina la scienza e in particolare quella psicopatologica, relativismo che impedisce giudizi di scientificità assoluti e generali riguardo a una scienza nel suo complesso. A questa conclusione metodologica è pervenuta la stessa sentenza *Daubert* e successivamente la decisione *KumhoTire Co. v. Carmichael*. Anzi, secondo una parte della dottrina americana tale conclusione rappresenterebbe il secondo importante principio, meno esplicito, ma non per questo meno fondamentale, sancito da *Daubert* per il controllo delle prove esperte, accanto a quello della responsabilità del giudice di *gatekeeper* del rigore scientifico. Il giudizio cioè deve riguardare il concreto compito da svolgere, con la conseguenza che quella di affidabilità non può essere intesa come una valutazione della singola disciplina scientifica considerata nella sua complessità e globalità³². È questo il c.d. *task-at-hand- approach*, per il quale l'affidabilità e la rilevanza della prova non possono essere giudicate secondo schemi astratti, ma devono essere vagliate sul campo, in sede cioè di concreta applicazione. Ciò significa che il giudizio di scientificità di un sapere come quello psicopatologico, in continua evoluzione, non può attualmente che essere di tipo operativo per i fini del processo penale.

Questa esigenza di una valutazione alla luce del 'compito da svolgere' in ragione delle particolarità del caso concreto sarebbe irrinunciabile, sia che si tratti di valutare la tenuta scientifica di pareri che applicano metodi di indagine appartenenti a discipline tecniche sia quando si abbia a che fare con metodi di indagine di pertinenza di una vera e propria scienza³³, indipendentemente dalla sua natura *hard*, come nel caso delle neuroscienze, ovvero *soft*, come per la psicologia o la psicopatologia. Quest'ultime considerate *soft sciences*, in quanto nella loro dimensione di scienze sociali e del comportamento utilizzano generalizzazioni inferenziali di natura comportamentale, che ai fini esplicativi vengono applicate al comportamento dell'individuo in ragione dell'appartenenza di quest'ultimo ad una classe o gruppo.

³² Il giudizio «must be made concerning the “task at hand”, instead of globally in regard to the average dependability of a broadly defined area of expertise», RISINGER, SAKS e al., *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science*, in *Cal. Law Review*, 2002, 90, p. 1 ss.

³³ Cfr. RISINGER, *Defining the “Task at Hand”: Non-Science forensic Science after Kumho Tire v. Carmichael*, in 57, *Washington & Lee Law Review*, 2000, p. 767, con riferimento alla grafologia.

Ciò di cui si sente la necessità, anche quando l'evidenza empirica è sostenuta da tecniche neuroscientifiche, è dunque uno schema concettuale, con il quale segnare i confini della valutazione giudiziale dell'imputabilità penale. Tale schema, come una carta nautica, dovrebbe guidare il giudice nel mare tempestoso dell'infermità mentale, al fine della decisione sul se e come l'attività cognitiva dell'individuo sia stata compromessa dalla disfunzione cerebrale, che le neuroimmagini si limitano a diagnosticare, ma non sono al momento in grado di spiegare.

Solo così il giudice esercita il ruolo irrinunciabile di consumatore, consapevole, attento e selettivo del sapere extragiuridico³⁴. Non bisogna infatti cedere alla tentazione di seguire pericolosi orientamenti di rinuncia al rispetto di precisi canoni di scientificità delle conoscenze extragiuridiche di natura psichiatrico-psicologica invocate nel processo come prove, affidandosi alla pseudoscientificità delle inferenze neuroscientifiche. In gioco è infatti il diritto costituzionalmente sancito a una risposta penale che rispetti il reale stato psichico dell'imputato al momento del fatto; il che implica anche il coraggio di rinunciare a questa risposta quando tale accertamento risulti scientificamente impossibile.

4. *Per un diritto penale dell'uomo*

Anche la psicopatologia forense moderna non può dunque ignorare la questione del fondamento scientifico delle sue risultanze psicopatologiche in tema di imputabilità penale e del fatto che esse devono essere sottoposte ad un giudizio esterno, che si potrebbe chiamare eteroreferenziale, di scientificità. A tal fine un consenso sempre più diffuso va quindi emergendo circa la necessità di elaborare linee-guida comuni, lo schema concettuale appunto a cui si è già fatto riferimento, per la valutazione giudiziale dei pareri esperti, in quanto prove scientifiche³⁵.

³⁴ Su questo compito del giudice, si rinvia in particolare a STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 456 ss.

³⁵ In proposito, v., per es., le *Linee-guida per l'acquisizione della prova scientifica nel processo penale*, elaborate nel corso del Seminario "La prova scientifica nel processo penale", promosso dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Siracusa, 12-15 giugno 2008. Per una specificazione di queste linee-guida con particolare riferimento alle prove per neuroimmagini, v. KULNYCH, *Psychiatric Neuroimaging Evidence*, cit., p. 1265 ss. A proposito del processo penale inglese, v., da ultimo, ROBERTS, *Drawing on Expertise: Legal Decision-Making and the Reception of Expert Evidence*, in *Crim. Law Rev.*, 2008, p. 443 ss, secondo il quale, poiché i cri-

Ai fini che qui interessano e alla luce delle considerazioni finora svolte si possono trarre già alcune direttive generali. Il giudice dovrà valutare caso per caso l'affidabilità probatoria della specifica teoria esplicativa dell'infermità o della specifica tecnica psicopatologica utilizzata, attraverso un'analisi bilanciata e combinata dei seguenti fattori, tratti appunto dalla sentenza *Daubert*: la verificabilità della teoria o della tecnica; la conoscenza del livello di errore ad essa relativo e la presenza di standards costanti di verifica; il fatto che la teoria o tecnica rimandi a dati o risultati di ricerche ad essa relativi accettati dalla comunità degli scienziati e pubblicati in riviste accreditate e infine che sia riscontrabile un'accettazione diffusa all'interno della comunità scientifica di tale teoria o tecnica. Si tratta pur sempre di un'applicazione dei criteri *Daubert*, ma meno puntuale e più flessibile secondo quanto indicato dalla successiva sentenza *Kumho*, che ha aperto la possibilità «per il giudice di esplicitare la più vasta “latitude in deciding how to test an expert’s reliability” valutando le caratteristiche delle prove dedotte nella specifica controversia»³⁶. Spetterà poi ancora al giudice sempre con riferimento al caso concreto valutare la forza probatoria di quella teoria o tecnica che risulta accreditata, corroborata cioè scientificamente, avvalendosi del suo potere discrezionale di valutazione delle prove, alla luce anche di una verifica circa la posizione e le competenze dell'esperto il cui parere è oggetto di valutazione. «In ogni decisione giudiziaria si verifica una fusione di scienza e coscienza, i cui elementi costitutivi sono difficilmente separabili». L'autorità della scienza infatti «non è mai assoluta e og-

teri *Daubert* potrebbero non essere del tutto soddisfacenti, sarebbe indispensabile la predisposizione di un corpo generale e condiviso di regole specifiche e consolidate, che indichino i principi in base ai quali disciplinare l'accoglimento delle prove esperte. A tal fine l'A. propone una riforma del processo penale inglese tale da consentire procedure specifiche di valutazione delle prove scientifiche, attraverso la presenza di un esperto (*a neutral expert*) che assista e collabori con il giudice per l'applicazione di tali regole. Ma le Corti inglesi, osserva ancora l'A., sono restie a promulgare direttive del genere di quelle americane della sentenza *Daubert*. Con la conseguenza di indicazioni vaghe, se non addirittura incoerenti e contraddittorie, sui criteri di ammissibilità delle prove esperte. Quanto all'esperienza americana, nel 2000 è stata aggiornata la disciplina relativa ai criteri da applicare per la valutazione della prova scientifica, previsti dalla *Federal Rule 702*, secondo la quale, tra l'altro, la testimonianza esperta è tale se si basa su fatti e dati sufficienti; se è il risultato di principi e metodi affidabili e se l'esperto ha applicato i principi e i metodi affidabili e pertinenti in relazione agli specifici fatti da provare. In proposito, v. da ultimo COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1188 ss.

³⁶ DONDI, *Problemi di utilizzazione delle «conoscenze esperte» come «expert witness testimony» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1150.

gettiva, ma sempre recepita dal giudice in una prospettiva di tutela assiologicamente orientata»³⁷.

Questo per quanto attiene al piano pragmatico. A livello di principi consegue che qualora l'interpretazione esplicativa del disturbo e della sua incidenza sulla capacità di intendere o di volere del soggetto in relazione a quel preciso fatto non risulti convincente, il giudice dovrà concludere per l'assoluzione di cui all'art. 530, 2° co. c.p.p. L'elaborazione del dubbio a favore della formula assolutoria sembra infatti l'unica strada praticabile³⁸. Così, né la pena può essere applicata né la misura di sicurezza dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario può essere ordinata nel caso in cui permangano dubbi sulla imputabilità totale o parziale dell'imputato³⁹.

In sintesi: fissato il principio che vi sono comunque delle regole giuridiche-guida fondamentali e vincolanti per il giudice e che esse sono valide per tutti i saperi extragiuridici, e quindi anche per quello psicopatologico che non può sottrarsi al rigore del metodo scientifico, spetterà al giudice decidere della affidabilità di tale sapere. E sarà lo stesso giudice che dovrà avere il coraggio di assolvere *ex art. 530, 2° co.*, tutte le volte in cui permanga un dubbio ragionevole sulle condizioni mentali del soggetto al momento del fatto. Come osserva

³⁷ SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, Relazione al Convegno "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche", cit., p. 2 4 ss. datt.

³⁸ Ciò sembrerebbe trovare conferma anche in recenti studi sperimentali sui sistemi giudiziari, che, come ad esempio quello scozzese, prevedono la possibilità di un verdetto di «non provato» (*Not Proven Verdict*), accanto a quelli di colpevole e di non colpevole. Quello di «non provato» è risultato un verdetto di compromesso, in grado di rispecchiare in maniera più soddisfacente lo stato di incertezza probatoria. Sarebbe infatti emerso che la maggior parte dei giurati che optavano per questo o per il verdetto di non colpevolezza si orientavano in tal senso in quanto ritenevano che le prove per condannare fossero insufficienti. Dunque, là dove è disponibile la terza opzione del *not proven*, essa viene preferita al verdetto di non colpevole, ma soprattutto prevale anche su quello di colpevole. Da questi studi sarebbe infatti emersa anche una notevole diminuzione nella percentuale delle condanne sulla base di prove "modeste". Ciò significa che, quando l'evidenza delle prove non è assoluta, il verdetto di non provato rappresenterebbe anche una valida alternativa alla condanna. Ma quest'ultimo risultato dimostrerebbe che in realtà i giurati non sono guidati da un modello razionale nelle loro scelte, secondo il quale se l'imputato può essere considerato colpevole in un contesto decisorio caratterizzato da una scelta binaria: colpevole o non colpevole, egli dovrebbe essere considerato tale anche quando diventa disponibile una terza alternativa decisoria, cfr. HOPE, GREENE e altri, *A Third Verdict Option: Exploring the Impact of Not Proven Verdict on Mock Juror Decision Making*, in *Law Hum. Behav.*, 2008, 249 ss. e ivi la bibliografia.

³⁹ Nella dottrina tedesca, cfr. JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Berlin, 1996, p. 809 e ivi la giurisprudenza richiamata.

la dottrina penalistica: «Intervenuto un tale serio dubbio sulla capacità di intendere e di volere, o il giudice lo risolve (per lo più con l'ausilio di un esperto...) accertandone l'infondatezza, oppure proscioglie: ciò deriva dalla centralità del principio di colpevolezza – che costituisce un caposaldo del diritto penale moderno – e del conseguente rilievo dell'imputabilità che ne è il presupposto»⁴⁰.

Si tratta, infatti, pur sempre della prova del “poter agire diversamente”, che, si è affermato, «non può ottenersi per il caso singolo che in via analogica»⁴¹. Procedimento di inferenza analogica che non implica che il giudice possa decidere sulla base di «un suo intimo convincimento “in libertà”»⁴². Piuttosto esso riflette la consapevolezza che il processo e in particolare quello penale non può correre il pericolo di essere trasformato «in una sorta di laboratorio, dominato dalla tecnica e neutrale rispetto ai valori che sono in gioco nella controversia e nei quali si rispecchiano i valori della società intera»⁴³.

Questi valori verrebbero invece negati qualora i risultati delle neuroscienze sfuggissero al “doppio controllo di scientificità” e servissero invece per suffragare teorie interpretative del comportamento umano in chiave riduttiva, tali cioè da svuotare di senso la stessa capacità di intendere e di volere e, conseguentemente, sul fronte del trattamento penale tali da privare la pena della sua funzione di risocializzazione a favore di interventi esclusivamente orientati ad una più efficace difesa sociale.

Arrivare a legittimare tali teorie sulla base dei risultati delle discipline neuroscientifiche significa accettare «un uso acritico e un po' “profetico” delle neuroscienze». Occorre invece evitare, come è stato giustamente osservato, che un tale uso «bruci nelle loro potenzialità» siffatte discipline⁴⁴. Cosa che invece si verificherebbe qualora si pensasse che il riconoscere che la corteccia prefrontale (CPF) «ha sempre più assunto il ruolo di via ultima comune per la volizione umana», poiché essa provvede «l'intera attività cognitiva, comportamentale di regole e modalità di scelte coerenti e di decisioni proficue»; e il ritenere che ancora la corteccia prefrontale rappresenta «il fulcro delle caratte-

⁴⁰ ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2005, p. 7 ss.

⁴¹ ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in BERTOLINO, FORTI (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, p. 921 s.

⁴² ROMANO, *Nesso causale*, cit., p. 922.

⁴³ DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 434 s.

⁴⁴ SAMMICHELI, SARTORI, *Neuroscienze e imputabilità*, in DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica*, cit., p. 354.

ristiche intellettive, caratteriali, di personalità e stile di vita dell'individuo» implicano il negare l'unicità della volizione. Ma questa negazione non è possibile, semplicemente perché, se «i moderni tentativi di definizione funzionale della CPF forniscono una base interpretativa convalidata, la volizione rimane una espressione talmente elevata dell'uomo che la progressiva complessità neurobiologica della medesima altro non fa che sottolinearne l'unicità»⁴⁵.

L'orientamento prevalente è dunque a favore di un modello «non puramente computazionale, o deterministico, del dinamismo delle scelte umane»⁴⁶, che neanche le scienze del cervello sono state per ora in grado di scalzare. Le neuroscienze «ci offrono una messa di dati e di esperienze, certo, impressionanti; ma non ci danno alcuna idea di "come" queste esperienze vadano intese e vadano interpretate»⁴⁷. In breve: fintanto che il modello antideterministico non verrà falsificato, anche il diritto penale dovrà continuare a rimanere fedele al principio costituzionale dell'uomo come idoneo destinatario del precetto penale, in quanto dotato della capacità di autodeterminarsi. Nulla di astratto in ciò, «bensì la visione realistica di uomini in carne ed ossa all'interno di un concreto contesto storico, uomini forniti di diritti e rispettati come portatori di essi, ma vincolati altresì a dei doveri e, pertanto, diventati vere creature sociali»⁴⁸. Ebbene, per questo soggetto sociale il diritto penale non può accantonare il principio di responsabilità a favore di paradigmi semplificati di imputazione penale. La complessità della persona non giustificherebbe una scelta di tal genere, nemmeno quando a chiederlo fossero i nuovi scienziati dell'*uomo cerebrale*.

Fuori dalla questione dell'imputabilità penale, trattata fin qui, gli altri possibili apporti neuroscientifici mi sembra attengano a profili più strettamente

⁴⁵ SILANI, *La corteccia pre-frontale e le funzioni esecutive*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione*, cit., p. 71 ss. Sul problema dell'incidenza dei danni ai lobi frontali sulla capacità di controllo dell'individuo e sulla necessità di introdurre nelle Corti americane il *control o volition test* per l'*insanity defense*, cfr., da ultimo, REDDING, *The Brain-Disordered Defendant: Neuroscience and Legal Insanity in the Twenty-First Century*, in *American University Law Review*, 2006, 56, p. 51 ss., il quale osserva che «la legge dovrebbe consentire lo sviluppo di una "neurogiurisprudenza", che si adegui ai risultati delle moderne neuroscienze circa il ruolo delle disfunzioni cerebrali sul comportamento criminale di natura impulsiva».

⁴⁶ EUSEBI, *La condotta umana come volizione di eventi*, in EUSEBI (a cura di), *Dinamiche della volizione*, cit., 16.

⁴⁷ BORGNA, *Neuroscienze e psichiatria*, in LENZI (a cura di), *Neurofisiologia*, cit., p. 207.

⁴⁸ GROSSI, "Oltre il soggettivismo giuridico moderno". *Lectio magistralis* tenuta all'Università Cattolica del S. Cuore di Piacenza, in occasione del conferimento della laurea *honoris causa*, Piacenza, 27 febbraio 2007.

processuali. In particolare alla verifica dell'affidabilità della prova testimoniale; al controllo di veridicità delle dichiarazioni dell'imputato, ad esempio attraverso un'indagine circa la familiarità con la scena del crimine. Ma i contributi delle "nuove scienze" sembrano utili anche sul fronte opposto di chi giudica, e cioè per indagare e studiare i meccanismi di produzione della decisione giudiziale.

Si apre allora una finestra su un vasto terreno ancora da esplorare e coltivare. La questione è in particolare quale sia il modo migliore di una tale 'coltivazione', perché la 'produzione' che ne derivi rispetti l'uomo nella sua dignità e libertà.