

*Riflessione*

# — Il diritto penale tra impianto codicistico di carattere oggettivo e nuove tendenze di tipo soggettivistico\*

*Criminal law between a codicistic approach of an objective nature and new tendencies of a subjectivistic type*

*di Adelmo Manna*

---

*Abstract.* L'Autore, in occasione della presentazione del recente volume di Daniele Piva, analizza le modalità ed i sentieri attraverso i quali il diritto penale italiano, basato, con il codice penale del 1930, su di un'impronta nettamente oggettivistica, si sia poi orientato, anche per l'influenza della dottrina d'Oltralpe, verso un approccio più di carattere soggettivistico, a partire dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale in tema di error iuris. Da ciò anche lo sviluppo graduale, seppur ancora embrionale, di una serie di scusanti, come l'eccesso nella legittima difesa, l'art. 384 c.p. esteso ai conviventi more uxorio e lo stesso stato di necessità, anche di recente inteso come scusante. Uno dei temi più ostici resta l'eliminazione dell'irrelevanza degli stati emotivi e passionali attraverso il concetto di pre-colpevolezza, anch'esso di origine d'Oltralpe, tuttavia di notevole difficoltà applicativa, per cui l'Autore conclude il suo saggio ritenendo che questi nuovi campi di materia arati di recente nel diritto penale sostantivo abbiano bisogno di una implementazione con il

---

\* Testo, riveduto, ampliato e con l'aggiunta delle note, dell'intervento al [Convegno](#): "A proposito di... le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena", Iovene, 2020 (di Daniele Piva), Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma Tre, 5 maggio 2021. Il video completo del convegno può essere visionato [al presente link](#).

*codice di procedura penale e, in particolare, mediante l'introduzione, non certo di facile attuazione, sia della perizia criminologica, o personologica, sia anche della trasformazione del processo penale secondo il modello bifasico di stampo nord-americano.*

**Abstract.** *On the occasion of the presentation of Daniele Piva's recent volume, the author analyzes the methods and paths through which Italian criminal law, based, with the criminal code of 1930, on a clearly objectivistic imprint, was then oriented, also due to the influence of the French doctrine, towards a more subjectivistic approach, starting from sentence no. 364 of 1988 of the Constitutional Court in the matter of error iuris. Hence also the gradual development, albeit still embryonic, of a series of excuses, such as excess in self-defense, art. 384 c.p. extended to more uxorio cohabitants and the same state of necessity, also recently intended as an excuse. One of the most difficult issues remains the elimination of the irrelevance of emotional and passionate states through the concept of pre-guilt, also of French origin, however of considerable application difficulty, for which the author concludes his essay by considering that these new fields of matter recently plowed into substantive criminal law need to be implemented with the code of criminal procedure and, in particular, through the introduction, certainly not easy to implement, both of the criminological, or personological, and also the transformation of the criminal trial according to the two-phase North American model.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: il passaggio dall'oggettivismo al "soggettivismo". – 2. Il significato e la portata della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988. – 3. L'influenza delle c.d. neuroscienze nell'affrontare e risolvere i problemi attinenti ad un diritto penale più soggettivisticamente orientato. – 4. Lo sviluppo graduale, seppure ancor assai timido, di una serie di scusanti, peraltro assenti da un punto di vista sistematico nel codice penale del 1930: il caso dell'eccesso nella legittima difesa. – 5. I necessari rimedi della perizia criminologica, o personologica, da introdurre anche nel giudizio di cognizione, e l'adozione del c.d. "processo bifasico".

**SUMMARY:** 1. Introduction: the transition from objectivism to "subjectivism". – 2. The meaning and scope of the sentence of the Constitutional Court n. 364 of 1988. – 3. The influence of the so-called neurosciences in addressing and solving problems relating to a more subjectivistically oriented criminal law. – 4. The gradual development, albeit still very limited, of a series of excuses, however absent in the systematic structure of the criminal code of 1930: the case of excess in self-defense. – 5. The necessary remedies of the criminological, or personological, expertise, to be introduced also in the judgment of cognition, and the adoption of the so-called "biphasic process".

## **1. Introduzione: il passaggio dall'oggettivismo al "soggettivismo".**

Siamo qui, oggi, a presentare un libro davvero rilevante, quale quello di Daniele Piva<sup>1</sup>, veramente in un *parterre de rois*, che dimostra l'importanza del volume, *parterre* organizzato, assieme a Piva, dal suo Maestro, il collega Enrico Mezzetti.

---

<sup>1</sup> D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, 2020. Per leggere la Prefazione del volume, a firma di Francesco Palazzo e pubblicata in questa rivista, il 27 gennaio 2021, [clicca qui](#).

Tra i tanti illustri esponenti del diritto penale, della filosofia e financo della Corte costituzionale, è stato gentilmente invitato anche lo scrivente che, trasportato dalle idee sempre più stimolanti, ha ritenuto anch'egli di intervenire.

La ragione dell'intervento è dovuta al fatto che, almeno a nostro avviso, il libro di Daniele Piva si può porre idealmente come spartiacque tra il diritto penale del Codice Rocco, da un lato, e la *nouvelle vague* della sempre maggiore attenzione verso l'autore del reato, dall'altro.

Bisogna, infatti, riflettere che il codice penale del 1930 era un codice essenzialmente "oggettivistico", nel senso che si poggiava su basi sufficientemente solide, come il diritto penale del fatto, che era, però, funzionale ad una concezione della norma penale di carattere essenzialmente imperativistico, frutto proprio del regime fascista che, evidentemente, non poteva tollerare l'ignoranza della legge penale che, infatti, non scusava. Certo, si potrebbe a ciò ribattere che le norme penali di quel tempo, la buona parte delle quali sono tutt'ora vigenti, non erano numerose come quelle attuali, soprattutto perché erano funzionali ad un *milieu* ancora di carattere agricolo-latifondista, in cui l'incipiente costruzione delle fabbriche, che caratterizzava, soprattutto al nord, il c.d. triangolo industriale, non necessitava, evidentemente, ancora del profluvio di norme penali incriminatrici che hanno ormai reso il diritto penale *post-moderno* un diritto penale "massimo"<sup>2</sup>, o totale.

D'altro canto, nelle regioni soprattutto del sud Italia emergevano le consorterie criminali organizzate, che tuttora condizionano alcune regioni come la Sicilia, la Calabria, la Puglia e la Campania.

Il legislatore dell'epoca, però, non aveva ancora costruito una vera e propria legislazione antimafia, che si svilupperà invece a partire dall'ultima parte del secolo breve, perché il fascismo aveva fatto una scelta ben diversa, cioè quella di affidarsi all'autorità amministrativa, con il famoso prefetto Mori, evidentemente perché si riteneva che l'inflessibilità del personaggio aiutasse, di per sé, a smantellare le organizzazioni criminali e, soprattutto, l'autorità amministrativa era più svincolata dai "lacci e laccioli" che, invece, comporta il diritto ed il processo penale.

In realtà quest'ultima si rivelò una pia illusione, perché anche l'integerrimo prefetto Mori fu fermato, ed anzi fu destituito, per sedere, poi, su di uno scranno del Senato del Regno, secondo il classico motto "*promoveatur ut amoveatur*". Il prefetto in questione, infatti, aveva cominciato ad indagare sui rapporti tra la mafia e la politica e, quindi, gli esponenti di spicco della politica del sud avevano fatto pressioni su Benito Mussolini perché nulla si mutasse nei veri rapporti di potere, secondo quello che, nel secondo dopoguerra, descrisse così bene Giuseppe Tomasi di Lampedusa con riferimento al principe di Salina, che, infatti, rifiutò l'offerta dell'alto funzionario piemontese che era

---

<sup>2</sup> V., a questo proposito, l'ultima fatica, prima della prematura scomparsa, di F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Il Mulino, 2019; circa il passaggio del diritto penale dall'"oggettivo" al "soggettivo", v. ora anche F. Diamanti, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali*, Giappichelli, 2019, 24 ss. e gli AA. ivi citati.

venuto ad offrirgli una candidatura al Senato, rispondendo che tanto nel suo mondo non sarebbe cambiato nulla<sup>3</sup>.

La dimostrazione di quanto sinora stiamo enunciando la ricaviamo anche dal fatto che nel codice penale, in particolare nella parte speciale, esiste solo un settore dedicato ai «reati contro l'economia pubblica», fra l'altro di assai difficile applicazione perché caratterizzata dal c.d. «gigantismo nell'evento»<sup>4</sup>, funzionale, evidentemente, a non turbare i sonni di coloro i quali avevano aiutato il duce ad edificare il fascismo, cioè, appunto, oltre i latifondisti, anche gli industriali.

Ciò spiega anche perché, dopo il secondo conflitto mondiale, la dottrina penalistica italiana che allora era in voga, non accolse le teorie soggettivistiche d'Oltralpe – soprattutto perché queste ultime erano state pesantemente inquinate dal nazismo e spesso da quest'ultimo trasfigurate ai propri voleri – così, però, perdendo anche il contatto con lo studio della colpevolezza, che infatti nel codice penale del '30 nemmeno appare, essendo sostituita dal più, appunto, "materiale" elemento soggettivo del reato<sup>5</sup>.

Orbene, sicuramente una delle più importanti teorie d'Oltralpe, cioè l'azione socialmente adeguata, fu, appunto, trasfigurata dalla giurisprudenza tedesca, perché fu utilizzata in modo del tutto contrario all'ideologia del suo autore, Hans Welzel<sup>6</sup>, che era invece un giurista cattolico e, quindi, orientato al diritto naturale. La giurisprudenza tedesca la utilizzò, infatti, soprattutto per legittimare l'azione della polizia e, successivamente, dell'esercito contro gli ebrei, sino a giungere alla costruzione dei *Konzentrationslagern* e, infine, alla famosa novella del 1936 che, abolendo il principio di stretta legalità, concluse il cerchio, stabilendo che costituiva reato non solo la violazione di una norma penale, ma anche tutto ciò che era «contrario al sano sentimento del popolo tedesco», cioè a dire al *Führersprinzip*.

Questo atteggiamento di critica politica agli eccessi del regime totalitario nazista fece, quindi, perdere alla dottrina penalistica italiana del secondo dopoguerra il benefico influsso delle teorie soggettivistiche d'Oltralpe, giacché preoccupazione principale della dottrina italiana era quella di mostrarsi interessata a dimostrare che, durante il fascismo, il diritto penale era, invece, sostanzialmente rimasto di natura liberale, seppure con alcune nette riforme in senso reazionario, manifeste soprattutto nei delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> G. Tomasi Di Lampedusa, *Il Gattopardo*, Feltrinelli, 1958, con prefazione ed a cura di Giorgio Bassani.

<sup>4</sup> In tal senso C. Pedrazzi, voce *Economia pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, 1965, pp. 278 ss.

<sup>5</sup> Intendiamo riferirci alle numerose edizioni di F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 14<sup>a</sup>, aggiorn. e integr. da L. Conti, Giuffrè, 1997, spec. pp. 323 ss., con riguardo alle critiche alla colpa d'autore, alla teoria "finalistica" dell'azione ed al c.d. diritto penale dell'atteggiamento interiore.

<sup>6</sup> Cfr. H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, De Gruyter, 1969, pp. 55 ss.; H.J. Hirsch, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, in *ZStW*, 74, 1962, pp. 89 ss.; nonché, nella dottrina italiana, spec. C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Morano, 1966; Id., *Azione socialmente adeguata*, in *Encicl. giur. Treccani*, IV, 1988; G. Gregori, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Cedam, 1969.

<sup>7</sup> Tutto ciò avvenne nell'ambito di una più ampia opera di differenziazione tra l'Italia fascista e la Germania nazista, avvenuta nel secondo dopoguerra e tendente soprattutto a sminuire la gravità del fenomeno fascista, almeno rispetto a quello nazista: cfr., da un punto storico, F. Filippi, *Ma perché siamo ancora fascisti? Un conto rimasto aperto*, Bollati Boringhieri, 2021, spec. pp. 105 ss., nonché pp. 160 ss.

D'altro canto, anche gli stessi primi progetti di riforma del codice penale furono soprattutto caratterizzati da modifiche di carattere tecnico-giuridico, tanto è vero che la prima importante riforma risale al 1974 quando, con il D.L. 11 aprile n. 99, come stralcio alla riforma del libro primo del codice penale, furono riformati alcuni istituti della parte generale, come il reato continuato, il giudizio di bilanciamento tra circostanze, la recidiva e la sospensione condizionale della pena, per ridurre in tal modo il generale, notevole carico sanzionatorio senza dover ricorrere ad una improbabile modifica di tutte le cornici edittali di pena dei singoli reati<sup>8</sup>.

Solo nell'ultimo segmento del secolo breve cominciò una rivalutazione delle teorie soggettivistiche d'Oltralpe, perché non solo iniziò ad affermarsi progressivamente la concezione normativa della colpevolezza, al posto di quella meramente psicologica, di stampo italico, ma soprattutto alcuni giovani studiosi, come il collega Fornasari, affrontarono uno dei temi più difficili della penalistica tedesca, ovvero la ricostruzione, soprattutto di origine storica, della inesigibilità<sup>9</sup>.

Sia consentito, a questo punto, fare riferimento anche allo scrivente, che in un lontano volume della fine del secolo breve si occupò dell'imputabilità e soprattutto dell'utilizzazione delle "finzioni giuridiche", che avevano reso la disciplina in oggetto, appunto, costruita sulla responsabilità oggettiva, funzionale anch'essa agli ideali del regime, cioè quelli, attraverso una disciplina tutta orientata alla prevenzione generale dell'alcool e degli stupefacenti, di cancellare dalla "stirpe italica" la malapianta dell'alcoolismo, come emerge chiaramente, sul punto, dai lavori preparatori al codice penale<sup>10</sup>.

## 2. Il significato e la portata della sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

L'apertura, però, ad un diritto penale più attento anche alle esigenze dell'autore si può sicuramente individuare nella famosa sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, cui seguì anche la sentenza n. 1085 dello stesso anno. Sicuramente più rilevante è la prima sentenza, redatta dal compianto prof. Renato Dell'Andro, che, prima di diventare giudice della Corte costituzionale, aveva ricoperto la carica di Sottosegretario alla Giustizia. Egli, già ordinario di diritto penale all'Università di Bari e, soprattutto, allievo

---

<sup>8</sup> In argomento, per tutti, G. Vassalli, *La riforma penale del 1974. Precedenti e contesto*, Vallardi, 1975.

<sup>9</sup> G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990; Id., voce *Inesigibilità*, in *Dig. Disc. Pen., Aggiornamento*, X, 2018, pp. 362 ss., che, infatti, è soprattutto apprezzabile, appunto, nella ricostruzione storica del concetto di inesigibilità mentre, nella parte applicativa al diritto vigente, della stessa inesigibilità preferì orientarsi verso la tesi tradizionale, che, per restare conformi al principio di stretta legalità, intendeva far operare l'inesigibilità solo laddove fosse ricavabile da una precisa norma di legge, come, ad es., l'art. 384 c.p., peraltro rivisitato più volte dalla Corte costituzionale: sia consentito, in argomento, il rinvio a A. Manna, *Un'occasione perduta: l'art. 384 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1031 ss., ove già si avanzava la tesi di un'estensione del concetto di prossimi congiunti anche ai conviventi *more uxorio*, tesi che allora fu respinta dalla Corte costituzionale, ma successivamente accolta dalla medesima.

<sup>10</sup> A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Giappichelli, 1997, che riporta, al proposito, il seguente passo della Relazione del Guardasigilli in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, IV, p. 78: «Meditata e salutare severità: soltanto un Regime forte come il nostro, che si propone di raggiungere, e raggiungerà, la maggiore elevazione morale e materiale della stirpe, può dettare, nella massima legislazione penale, una norma come quella ora riferita».

dell'on. Aldo Moro, con la sentenza in esame introdusse letteralmente, nell'ambito del Codice Rocco, le più moderne tendenze del diritto penale e, soprattutto, quella relativa al diritto penale orientato alla Costituzione, di marca bricoliana<sup>11</sup>. La sentenza 364 del 1988 ha riguardato, infatti, proprio la tematica relativa all'art. 5 del codice penale, ovvero la inesclusibilità assoluta dell'ignoranza della legge penale. Orbene, una norma di questo genere, improntata ad una concezione imperativistica del diritto penale, oramai non teneva più, perché nel frattempo il diritto penale medesimo si era così allargato, che era impensabile che un singolo soggetto potesse conoscere le innumerevoli fattispecie criminose introdotte soprattutto a seguito dello sviluppo industriale.

Da qui una scelta di fronte alla Corte costituzionale, cioè se adottare la teoria del dolo, in base alla quale si richiede sempre l'effettiva coscienza dell'antigiuridicità del fatto<sup>12</sup>, oppure quella c.d. della colpevolezza, in base alla quale, invece, è onere del soggetto dimostrare di aver fatto tutto quanto fosse in suo potere per, appunto, osservare la norma penale<sup>13</sup>.

La Corte costituzionale, come è noto, ha scelto, sia per i *mala quia vetita*, che anche per i *mala in se*, la teoria della colpevolezza, nel senso che è il soggetto che deve dimostrare di aver fatto tutto quanto fosse in suo potere per conoscere la norma penale.

Orbene, se la prospettiva può comprendersi in rapporto ai reati artificiali, cioè quelli di pura creazione legislativa, lo è molto meno per quanto riguarda i delitti naturali, in quanto la norma giuridica, in quest'ultimo caso, corrisponde alla norma di cultura, per cui non appare necessaria quest'ulteriore dimostrazione, che invece diventa logica nei *mala quia vetita*, proprio perché c'è uno iato fra norma giuridica e quella di cultura<sup>14</sup>.

Evidentemente, la Corte costituzionale non se l'è sentita di abbracciare la teoria del dolo che comporta sempre e comunque la coscienza dell'antigiuridicità, perché ha difficoltà ad essere applicata proprio nei reati artificiali. Ciò nonostante, la Corte costituzionale ha aperto indubbiamente alla concezione normativa della colpevolezza perché, dichiarando illegittimo l'art. 5 del codice penale, ha inserito nel concetto di colpevolezza anche la conoscibilità della norma penale.

La Corte costituzionale, tuttavia, non si è limitata a quanto sinora osservato perché, seppure come *obiter dictum*, ha ritenuto di richiedere il dolo, o, quanto meno, la colpa, in tutti gli istituti che afferiscono all'offesa al bene, con ciò sostanzialmente bandendo dal diritto penale costituzionalmente orientato le ipotesi di responsabilità oggettiva.

A parte ciò che è avvenuto dopo, con la legge n. 1 del 1990 in tema di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti<sup>15</sup>, non c'è dubbio che la sentenza della Corte

---

<sup>11</sup> F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, pp. 7 ss. In argomento va, però, rilevato che il primo che se ne occupò fu M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966.

<sup>12</sup> Si orientò, in tale ultimo senso, E.R. Belfiore, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Giappichelli, 1997, non solo con riferimento ai *mala quia vetita*, ma persino con riguardo ai *mala in se*.

<sup>13</sup> In tale ultimo senso, soprattutto, D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, 1976.

<sup>14</sup> M.E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Schletter, 1903; nella dottrina italiana, ne fa un'interessante applicazione A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, I e II, Cedam, 1988.

<sup>15</sup> Cfr., per tutti, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000.

costituzionale abbia, per molti profili, aperto alla colpevolezza, intesa in senso normativo e, quindi, ha tentato di superare l'oggettivismo tipico del Codice Rocco, facendo scoprire anche al diritto penale italiana «l'altra faccia della luna», cioè la dimensione personologica dell'autore. Ciò è anche dovuto all'influenza che la dottrina penalistica tedesca dagli anni '60 agli anni '90 del secolo breve ha avuto sulla penalistica italiana<sup>16</sup>, per merito anche di grandi penalisti dell'epoca come, ad es., per citarne solo i due più importanti, Claus Roxin ed Hans-Heinrich Jescheck<sup>17</sup>. La giurisprudenza, però, in materia, in particolare, di *error iuris*, non ha seguito il *dictum* della Corte costituzionale, tanto è vero che sono molto rari i casi in cui la Corte Suprema di Cassazione abbia applicato il nuovo testo dell'art. 5 c.p., con ciò dimostrando di rimanere ancorata ad una concezione ancora oggettivistica del diritto penale.

### 3. L'influenza delle c.d. neuroscienze nell'affrontare e risolvere i problemi attinenti ad un diritto penale più soggettivisticamente orientato.

La sentenza della Corte costituzionale ha, dunque, fortemente cambiato il volto del diritto penale, non solo perché ha introdotto come elemento della colpevolezza in senso normativo anche la conoscibilità della norma penale, ma altresì, come conseguenza logico-giuridica, ha contribuito a mutare radicalmente anche il concetto di imputabilità, non più secondo la teoria tradizionale, cioè come capacità di pena, bensì come capacità di colpevolezza. Ci si è, quindi, trovati dinanzi ad una disciplina dell'imputabilità, che, invece, seguiva, ovviamente, sentieri tutt'affatto diversi, come, limpidamente, nel suo volume, ha, da ultimo, dimostrato lo stesso Daniele Piva. Limitare, infatti, l'imputabilità alla sola capacità di intendere e di volere, significa rimanere legati ad un concetto di uomo illuministico, cioè fondamentalmente razionale, che contraddice non solo i risultati delle neuroscienze, ma, ancor prima, le emergenze della psicologia cognitiva, ove risulta chiaramente che la persona è anche espressione di sentimenti, per cui risulta ormai del tutto anacronistica una norma come quella di cui all'art. 90 c.p., ove si assiste ad un netto iato tra imputabilità e capacità di intendere e di volere in quanto si afferma, in modo draconiano, che gli stati emotivi e passionali non escludono, né diminuiscono l'imputabilità.

Un altro dei difetti riscontrati in materia è quello della differenza tra la *Volkpsychologie*, ovverosia la psicologia del senso comune, e quella che, invece, dovrebbe ispirare il legislatore della *post-modernità*, cioè, appunto, colui il quale non si accontenta di tale psicologia elementare ed antiquata e tendente, soprattutto, a privilegiare la prevenzione generale sul concetto di colpevolezza, perché, invece, bisogna, in materia, aprire, da ultimo, alle risultanze soprattutto delle neuroscienze<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> In argomento, di recente, M. Donini, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma Tre Press, 2021, pp. 281 ss. e, spec., pp. 299 ss., ove ci si riferisce al passaggio dalla «massiccia germanizzazione» ai dialoghi apparenti col *common law*.

<sup>17</sup> C. Roxin, *Strafrecht, Allg. Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, 2006; H.H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, Dunckner & Humboldt, 1988; sugli influssi anche della filosofia tedesca sul diritto penale, cfr., da ultimo, M. Donini, *Responsabilità e pena da Kant e Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *RIDPP*, 2020, pp. 1699 ss.

<sup>18</sup> Sulle neuroscienze cfr., in particolare, O. Di Giovine, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, 2009; Id., *Chi ha paura delle neuroscienze*, in *Arch. Pen.*, 2011, pp. 837 pp. ss.; Id., *Una*

In argomento, tuttavia, bisogna essere chiari, perché le neuroscienze ci spiegano non solo il funzionamento del cervello, nonché la collocazione di determinate facoltà mentali, ma, altresì, l'origine e lo sviluppo di determinate patologie, solo che il limite fondamentale delle stesse è quello per cui descrivono i sintomi, ma non la causa di una determinata patologia<sup>19</sup>. Per evitare, quindi, una sorta di "neopositivismo penale" riteniamo, infatti, che sia più opportuno un *multilevel approach*, nel senso che le neuroscienze devono essere integrate con le altre branche della psicologia e della psichiatria ed in particolare con la c.d. psicologia cognitiva. Un aspetto, tuttavia, va in primo luogo chiarito, cioè quello fondamentale della libertà del volere, perché anche nel convegno di presentazione del libro di Piva, giustamente, Giuliano Amato nelle sue conclusioni poneva in particolare tale tipo di problema<sup>20</sup>.

Orbene, gli indirizzi meno estremi delle neuroscienze sostengono, giustamente, la compatibilità tra le stesse e la libertà del volere; lo scrivente, tuttavia, riterrebbe di dare a quest'ultimo concetto una nozione più moderna, quella, cioè, della c.d. autonomia dell'lo<sup>21</sup>.

In tal modo, pertanto, si sostituisce ad un problema di carattere metafisico, come il libero arbitrio, un concetto più aderente alle moderne scienze cognitive, nel senso che il comportamento umano è la risultante algebrica e non aritmetica dei fattori endogeni e dei fattori esogeni, che condizionano il comportamento umano, secondo la c.d. teoria del campo, di Kurt Lewin<sup>22</sup>.

Ciò significa che, appunto, l'lo possiede una sua autonomia che consente di prendere decisioni e, soprattutto, di controllare i fattori endogeni ed esogeni ma, d'altro canto, se così non fosse, cadrebbe tutta l'impalcatura del diritto penale, nel senso che la norma penale, per poter risultare efficace fra i consociati, deve necessariamente svolgere la sua funzione di "orientamento culturale", affinché gli stessi possano essere indirizzati e motivati dalla norma medesima.

Stando così la questione, emerge chiaramente come le neuroscienze, almeno nel loro approccio meno rigido, non escludono la libertà del volere, seppure nel senso che

---

*lettura evolucionistica del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in Id (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Cedam, 2013, pp. 338 ss.; Id., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *RIDPP*, 2013, pp. 631 ss.; Id., voce *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, Giuffrè, 2014, pp. 711 ss.; Id., *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Ronco*, Giappichelli, 2017, pp. 307 ss.; Id., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro) scienze?*, Giappichelli, 2019; C. Grandi, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *RIDPP*, 2014, pp.1249 ss.; Id., *Neuroscienze e responsabilità penali. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, 2016; Id., *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*, in *Giur. It.*, gennaio 2019, 174 ss.; M. Di Florio, *Neuroscienze e imputabilità: brevi considerazioni con particolare riferimento alla ludopatia*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9/2019, p. 31 ss..

<sup>19</sup> Così, in particolare e giustamente U. Galimberti, voce *Neuroscienze*, in Id., *Nuovo dizionario di Psicologia-Psichiatria-Psicoanalisi-Neuroscienze*, Feltrinelli, 2019, pp. 813 ss..

<sup>20</sup> G. Amato, *Conclusioni* presentate al Convegno citato in epigrafe; nonché pure M. Cacciari, *Intervento*, presentato al Convegno citato in epigrafe.

<sup>21</sup> Cfr. G. Gulotta, *Psicoanalisi e responsabilità penale*, Giuffrè, 1972; nonché Id., *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, Giuffrè, 2009, pp. 9 ss.; Id., *A proposito delle "neuroscienze forensi"*, in *Giorn. It. Psicol.*, 2016, 4, pp. 713 ss.

<sup>22</sup> K. Lewin, *La teoria, la ricerca, l'intervento*, tr. it., Il Mulino, 2005.



abbiamo indicato, per cui diventano un fondamentale ausilio per abbandonare non solo il modello dell'uomo illuministico, tutto ragione e volontà, senza sentimento e, quindi, una concezione del tutto parziale della persona, ma anche la psicologia popolare, su cui finora si sono fondati i concetti di dolo e colpa, nonché di preterintenzione, che invece, mediante proprio l'ausilio delle neuroscienze, possono acquisire una dimensione tutt'affatto diversa.

A questo proposito risultano assai rilevanti le ricerche portate avanti, nel relativo volume, da Mattia Di Florio<sup>23</sup>, il quale ha ricostruito, in tale prospettiva, in primo luogo, il dolo, dove emerge come sovente addirittura il momento volitivo precede quello rappresentativo, che invece agisce in particolare ancora nel subconscio; quanto alla colpa, viene incentrata nella violazione del dovere di attenzione e, circa la preterintenzione, giustamente, si mette in relazione quest'ultima anche con i fatti delittuosi di carattere improvviso<sup>24</sup>.

Ciò consente all'autore di affrontare anche la pericolosità sociale, notoriamente concetto assai vago e, soprattutto, manipolabile, che infatti deriva dalla psicologia del senso comune, per sostituire ad esso quello più moderno di «bisogno di terapia»<sup>25</sup>, anche assai più funzionale alla recente introduzione, nel codice penale, delle REMS.

#### **4. Lo sviluppo graduale, seppure ancor assai timido, di una serie di scusanti, peraltro assenti da un punto di vista sistematico nel codice penale del 1930: il caso dell'eccesso nella legittima difesa.**

L'estensione del diritto penale italiano a campi di materia fino a poco tempo fa non arati da un codice penale orientato, come abbiamo già potuto rilevare, al diritto penale del fatto, comporta inevitabilmente la creazione e la introduzione, seppure ancora embrionale, di ipotesi che richiamano e si classificano come scusanti.

A questo proposito, oltre al già ricordato art. 384 c.p., giustamente esteso di recente dalla Corte costituzionale, come abbiamo già indicato, anche ai conviventi *more uxorio*, proprio perché la mozione degli affetti, che impedisce di osservare la norma penale, non può non ricomprendere anche questi ultimi, ma, in senso più generale, anche lo stesso stato di necessità sia in tempi molto più risalenti, che in quelli più recenti, da diversi, peraltro, illustri autori, viene qualificato come scusante, anziché come causa di giustificazione<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> M. Di Florio, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa University Press, 2020, spec. pp. 115 ss..

<sup>24</sup> Così anche, in tale ultimo senso, già V. Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale, pure come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa University Press, 2016.

<sup>25</sup> Cfr. in argomento anche M. Bertolino, *L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990; nonché, già, Id., *La crisi del concetto di imputabilità*, in *RIDPP*, 1981, pp. 190 ss.; nonché, per quanto riguarda il problema delle neuroscienze, cfr. Id., *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. Santosuosso (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Ibis Ed., 2009, pp. 121 ss.; Id., *Il vizio di mente tra prospettive neuroscientifiche e giudizi di responsabilità penale*, in *Rass. it. crim.*, 2015, 2, pp. 84 ss.; Id., *Prove neuro-psicologiche di verità penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 8 gennaio 2013; Id., G. Ubertis, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Jovene, 2015.

<sup>26</sup> G. Vassalli, *Limiti al divieto d'analogia in materia penale. Norme ordinarie e norme eccezionali*, Giuffrè, 1942; nonché, in analogo senso, molto tempo dopo, F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri, contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffrè, 2000.

Un'altra "scusante" è stata poi introdotta nell'ultima riforma in tema di legittima difesa, con il riferimento all'eccesso della stessa, dovuto, sulla falsariga del par. 33 StGB, a paura, panico, etc., che, per fortuna, ha bilanciato una riscrittura dell'art. 52 c.p. assolutamente non condivisibile, perché tendente, con l'utilizzazione dell'avverbio "sempre", ad evitare, seppure in modo, ovviamente, del tutto illusorio, il controllo del giudice penale<sup>27</sup>.

In questo nuovo sistema dove assumono rilevanza anche gli effetti della, ormai da tempo adottata anche da noi, colpevolezza intesa in senso normativo, non poteva non trovare posto, almeno a nostro giudizio, la stessa **inesigibilità** che, contrariamente alle tesi tradizionali che ne rinvenivano un contrasto con il principio di stretta legalità, perché intesa come scusante extralegale, attualmente invece fonda la stessa colpevolezza intesa in senso normativo e, in particolare, il suo nucleo essenziale, ovvero sia il «potere agire diversamente», cioè in maniera conforme al precetto.

Resta, tuttavia, il nodo ancora degli stati emotivi e passionali, giacché l'art. 90 c.p. è ormai una norma antistorica ed antiscientifica, perché crea un'ennesima «finzione giuridica», in quanto si considera imputabile chi naturalisticamente, a causa del predominio di detti stati, sicuramente è incapace di intendere e di volere, o, almeno, risulta di capacità notevolmente ridotta.

In questa situazione, bisogna anzi tutto distinguere fra affetti **stenici** ed **astenici**, nel senso che i primi derivano da fattori interni al soggetto attivo, mentre i secondi da fattori esterni.

Il vero problema, però, è quello di verificare se il soggetto poteva o no dominarli ed è per questo che, da ultimo, il Piva, nel suo notevole volume, ha anch'egli analizzato il concetto, di origine germanica, di pre-colpevolezza<sup>28</sup>. La pre-colpevolezza, infatti, serve per verificare se il soggetto attivo del reato fosse in grado, o no, prima della commissione del fatto di reato, di resistere o meno agli impulsi di carattere affettivo-emotivo. Si faccia, a questo proposito, l'esempio del marito che, tornando a casa la sera, vede da fuori, la finestra della propria camera matrimoniale con le luci accese e con la presenza dell'ombra di un'altra persona. Se egli sale in casa e commette un reato connotato da violenza, bisognerebbe, appunto, verificare se egli, in quel momento, fosse, o no, in grado di resistere ai propri impulsi. Va da sé che si tratta di una prova estremamente difficile perché inevitabilmente si entra nella sfera del c.d. atteggiamento interiore<sup>29</sup> del soggetto attivo ed

---

<sup>27</sup> Per una più ampia disamina del problema sia consentito il rinvio a A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. Pen.*, 1/2018, (Web), pp. 1 ss.

<sup>28</sup> D. Piva, *Le componenti*, cit., spec. pp. 373 ss.

<sup>29</sup> Era notoriamente assertore del diritto penale dell'atteggiamento interiore, ma non già in senso repressivo, bensì in un'ottica garantista, ovvero sia, come ad esempio, nei maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli, il dolo avrebbe dovuto ricomprendere un atteggiamento interiore incline alla violenza, *lato sensu* intesa, intrafamiliare e corrispondente al relativo «tipo d'autore», perché il soggetto fosse ritenuto responsabile, anche da un punto di vista soggettivo, del delitto *de quo agitur*: cfr. G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, Priulla, 1945; sul delitto di maltrattamenti risulta sempre attuale il volume di F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, ESI, 1979.

è per questo che, a nostro giudizio, l'auspicata introduzione di un sistema più generale di scusanti<sup>30</sup> necessita di rimedi assai opportuni anche a livello processuale.

## 5. I necessari rimedi della perizia criminologica, o personologica, da introdurre anche nel giudizio di cognizione, e l'adozione del c.d. "processo bifasico".

Nel Convegno dove lo scrivente è intervenuto, abbiamo raccolto un'interessante suggestione del collega Franco Coppi, che, vero principe del Foro, e, quindi, particolarmente attento anche alle esigenze della prassi, giustamente si interrogava sul come queste nuove tendenze del diritto penale "d'autore" potessero poi essere implementate ed applicate nella concreta prassi giudiziaria<sup>31</sup>.

La questione, a nostro giudizio, non è affatto di poco momento, anzi, risulta addirittura centrale, in quanto il giudice penale, di fronte a questi nuovi scenari attinenti alla colpevolezza intesa in senso normativo, sicuramente non possiede gli strumenti adatti per poter applicare concretamente dette nuove tendenze, tanto è vero che abbiamo in precedenza ricordato come la giurisprudenza della Cassazione si sia in genere mostrata refrattaria addirittura ad applicare il *dictum* della Corte costituzionale sull'evitabilità, o no, dell'*error iuris*, ex art. 5 c.p., modificato dalla stessa Corte costituzionale.

Per comprendere appieno il nostro assunto, possiamo riferirci ad una vicenda per certi versi analoga, relativa al diritto penale del "fatto" e, in particolare, alla prova del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento. Sino al lontano 1975 il giudice penale, sia in Germania che in Italia, era persuaso che potesse individuarlo egli stesso, senza bisogno di conoscenze tecniche, proprio perché, come si sosteneva allora da parte della giurisprudenza, «un'aula di tribunale non equivale ad un gabinetto scientifico». Fu merito di due giuristi, uno tedesco, come Engisch<sup>32</sup>, e, successivamente, un altro, italiano, come Federico Stella<sup>33</sup>, aver giustamente reagito a questa sorta di «intuizionismo giudiziario», per fondare il rapporto di causalità attraverso l'individuazione di una c.d. legge generale di copertura, raramente di carattere universale ed il più delle volte di tipo probabilistico. Tale tesi trovò ingresso anche nella famosa sentenza delle Sezioni Unite penali, ricorrente Franzese, del 2002, che infatti utilizzò, seppure adattandola, la concezione della legge generale di copertura<sup>34</sup>.

Se, quindi, attraverso l'ausilio della scienza si è potuto tentare di risolvere, con buone prospettive di applicazione, questa delicata tematica relativa al rapporto di causalità materiale tra condotta ed evento, non si vede perché, *mutatis mutandis*, non sia

---

<sup>30</sup> In tale ultimo senso sembra essersi orientato anche M. Donini, *Intervento*, presentato al Convegno citato in epigrafe.

<sup>31</sup> F. Coppi, *Intervento*, presentato al Convegno citato in epigrafe.

<sup>32</sup> K. Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, 1931.

<sup>33</sup> F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1990; Id., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003; Id., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005.

<sup>34</sup> Cfr., in argomento, di nuovo, F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *RIDPP*, 2002, pp. 767 ss.; la sentenza in oggetto è pubblicata integralmente in *ibid*, pp. 1133 ss.; da ultimo, in argomento, cfr. S. Preziosi, *La causalità penale nell'orizzonte della "scienza nuova"*, Jovene, 2021, spec. pp. 81 ss.

possibile offrire un analogo ausilio anche in tema di colpevolezza intesa in senso normativo e in quella che da noi è ancora appena abbozzata, cioè la teoria delle scusanti, attraverso un necessario ausilio tecnico da offrire al giudice di cognizione, per riuscire ad addentrarsi in campi di materia finora così poco arati e su cui il giudice penale non possiede, come avvenne anche nel caso della causalità materiale, le relative conoscenze tecniche.

Il sistema era stato trovato sia nell'art. 2, n. 10, l. 3 aprile 1974 n. 108 (prima delega al Governo per il nuovo codice di procedura penale), che contemplava perizie medico-legali, psichiatriche e, soprattutto, per quanto qui rileva, **criminologiche**, ed infatti ciò fu confermato anche nella seconda legge di delega da parte della Commissione ministeriale, presieduta dal prof. Gian Domenico Pisapia<sup>35</sup>, che, infatti, intendeva introdurre la perizia criminologica, o personologica, anche nel giudizio di cognizione. Prevalsero, tuttavia, le critiche di Franco Cordero perché, a suo avviso, ciò avrebbe aperto la via «a uno scientismo del genere equivoco illo tempore predicato dalla scuola positiva»<sup>36</sup>.

A causa di tali, così autorevoli obiezioni, il cui reale fondamento risiedeva nella protezione della dignità umana ritenuta – a nostro avviso, però, a torto – messa in pericolo da tale tipo di perizia in sede di cognizione, l'idea fu caducata, per cui attualmente l'«osservazione scientifica della personalità» è consentita solo in fase esecutiva.

Se, però, si intende arare il campo, sinora poco coltivato, relativa ai temi relativi alla colpevolezza intesa in senso normativo, riteniamo che più ci si addentri in questa fitta boscaglia, più il giudice penale ha bisogno, invece, del supporto di una perizia criminologica, proprio al fine di conoscere non solo molto meglio il supposto autore di un fatto di reato, ma, conseguentemente, di potere applicare questi nuovi istituti di cui abbiamo sinora fatto menzione, con l'ausilio di un esperto del settore, proprio come è avvenuto diversi lustri fa in materia di rapporto di causalità. Questo assunto, ovvero l'introduzione della perizia criminologica già in fase di cognizione, tuttavia, a nostro giudizio, non appare sufficiente, giacché dovrebbe essere collegata ad una riforma di più ampio spettro, ovverosia l'auspicata introduzione del c.d. processo bifasico, di cui si trattò nei lavori al codice di procedura penale del 1988, ma che, però, fu abbandonato, evidentemente perché troppo estraneo alla nostra cultura giuridica.

Se, tuttavia, nelle ricorrenti proposte di riforma, sempre ordite, ma mai varate, del processo penale italiano, si aggiungesse la trasformazione dello stesso in senso bifasico, ove, cioè, una parte dello stesso è dedicata alla ricostruzione, in tutte le sue componenti, del fatto di reato ed una seconda parte alle conseguenze sanzionatorie in capo al soggetto attivo, probabilmente otterremmo anche, e di conseguenza, un sistema penale non necessariamente carcere-centrico, come, invece, purtroppo, ancora è caratterizzato<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. G.D. Pisapia, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Cedam, 1979.

<sup>36</sup> Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 1991, spec. pp. 644-645.

<sup>37</sup> Sia consentito, in argomento, il rinvio a A. Manna, *È configurabile un sistema penale non carcere-centrico?*, in *S.P.*, 10 marzo 2021, con un'analisi approfondita di tutte le possibili alternative alla pena detentiva, fra le quali la pena pecuniaria «a tassi giornalieri», fatta propria, da ultimo, dalla Commissione Lattanzi: cfr. *Riforma della giustizia penale: il testo a fronte del d.d.l. A.C. 2435 e delle proposte di emendamento della Commissione Lattanzi*, in *ibid*, 27 maggio 2021; in argomento, M. Cartabia, *Ridurre del 25% i tempi del giudizio penale: un'impresa per la tutela dei diritti e un impegno con l'Europa, per la ripresa del Paese*, in *ibid*, 31 maggio 2021.

In conclusione, siamo, però, anche dell'avviso che un processo penale bifasico, di origine nord-americana, non sarebbe facile che attecchisse, in quanto estraneo alla nostra cultura giuridica, ma ciò non appare un argomento sufficiente, in sede scientifica, per non poterlo analizzare in chiave di riforma, solo che, a questo punto, i due piani prendono strade separate, nel senso che è assai più facile la teorizzazione in campo scientifico, rispetto alla sua realizzazione a livello politico-criminale, perché la giustizia penale è, notoriamente, un tema divisivo, per cui ciò rallenta inevitabilmente le prospettive di riforma, tanto è vero che anche nell'attuale Governo si preferisce dare la precedenza alla riforma della giustizia civile, perché sicuramente meno foriera di contrasti, soprattutto di carattere ideologico.