

Supportato dalla più recente psicologia giuridica, può essere delineato un quadro sinottico circa le refluenze che, in ambito processual-penalistico, possono discendere dalla mancanza dell'elemento soggettivo del reato relativamente alla capacità d'intendere e di volere, locuzione con cui è rubricato l'art. 85 del codice penale. Il soggetto "affetto" non può avere quella «volontà che investe il significato umano e sociale della propria condotta» in una in cui si condensa il dolo. In questo caso, il giudice, dinanzi al quale rileva il difetto dell'elemento soggettivo del reato, dovrebbe assumere le conseguenziali statuizioni, pronunciando, a seconda dello stato di giudizio, sentenza di non luogo a procedere ovvero assoluzione, conformemente agli artt., rispettivamente, 425 e 530 c.p.p. Laddove, invece, l'incapacità d'intendere e di volere rilevi nella fase delle preliminari investigazioni, il Pubblico Ministero precedente dovrebbe richiedere un provvedimento ex art. 408 codice di rito penale.

di Sergio Barbiera e Giuliana Udine

## CAPACITÀ DI INTENDERE E VOLERE ED ELEMENTO SOGGETTIVO DEL REATO

**Sergio Barbiera** è Magistrato di Cassazione, in servizio presso la Procura della Repubblica di Palermo ininterrottamente dal maggio 1992, attualmente componente della Direzione Distrettuale Antimafia di Palermo. Dal 2005 è docente di Procedura Penale presso la Scuola Specializzazione Professioni Legali dell'Università degli Studi di Palermo. Dall'ottobre 2008 al luglio 2011 è stato Vice Capo di Gabinetto del Ministro della Giustizia. Autore di numerose pubblicazioni tra cui un monografia in tema di "Operazioni sotto copertura e consegna controllata – Le tecniche d'indagine sul narcotraffico".

**Giuliana Udine** è laureata in giurisprudenza all'Università di Palermo e praticante avvocato. Vincitrice della selezione pubblica ex art. 73 D.L. /21/06/2013 n. 69, svolge uno stage formativo presso la Procura della Repubblica di Palermo.



La capacità d'intendere e di volere, locuzione con cui è rubricato l'art. 85 del codice penale, evoca un concetto sotteso a quello di "imputabilità", tant'è che l'articolo appena richiamato è posto ad apertura del Capo I – Della imputabilità, Titolo IV – Del reo e della persona offesa dal reato, Libro I – Dei reati.

L'imputabilità, pacificamente qualificata dalla dottrina tradizionale e dalla giurisprudenza consolidata come "capacità di pena", si risolve nella "attribuibilità" a un soggetto agente di un fatto corrispondente a una previsione legale, rendendo così tale soggetto meritevole di pena.

Orbene, presupposti indefettibili della imputabilità sono, la capacità di «intendere» e di «volere», come rileva agevolmente dal secondo comma dell'art. 85 che così dispone: «è imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere»: dacché l'imputabilità difetta se manca anche una sola di tali capacità.

**"Capacità d'intendere" altro non è che l'attitudine a "com-prendere" il senso e la portata di un proprio comportamento sì da valutare le conseguenze positive o negative che possono discenderne sui terzi.**

Se la capacità d'intendere si traduce nell'aver contezza del valore sociale del proprio agire nella realtà in cui esso si dispiega, la "capacità di volere" esige un *quid pluris* rappresentato dalla libera facoltà di scelta: scegliere in modo consapevole tra motivi antagonisti. Secondo questa prospettiva la capacità di volere acclude in sé quella di "intendere e conoscere" il significato dei propri atti. Inciso, questo, fissato dal brocardo *nihil volitum nisi praecognitum*. Pivot ineludibile intorno a cui gravita la valutazione della sussistenza della imputabilità è il momento in cui viene commesso il fatto e tenuta la condotta, a nulla rilevando il tempo della realizzazione dell'evento tipico.

**Indici di capacità sono requisiti psico-fisici detenuti dal soggetto agente.** Di seguito all'art. 85 vengono in considerazione dati empirici che, a contrario, escludono o attenuano la imputabilità, o ancora la presumono, appositamente "normativizzati", quali la "minore età", il "sordomutismo", la "ubriachezza" e "l'intossicazione da stupefacenti", gli "stati emotivi o passionali", la "infermità di mente" nonché lo "stato preordinato d'incapacità d'intendere e di volere", che involve la questione della c.d. "*actio libera in causa*".

A norma dell'art. 97 c.p., «non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni». Si tratta di una presunzione di incapacità di natura assoluta non essendo ammessa la prova contraria deputata a dimostrare che il minore, nonostante l'età, fosse comunque capace di intendere e di volere.

Ai sensi dell'art. 98 c.p., 1° comma, invece, «è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità di intendere e volere; ma la pena è diminuita».

**Qui, in difetto di alcuna presunzione legale, spetta al giudice dover accertare in concreto, volta per volta, se il minore sia o no imputabile.** Il valore ipotetico della disposizione va, dunque, agganciato a un accertamento oltre che “in concreto”, in stretto riferimento al fatto commesso. Si tratta di sondare il grado di maturità del soggetto agente alla luce, non solo degli elementi bio-psichici e socio-ambientali, ma altresì in ordine al tipo di reato e alla “immoralità” che gli afferrisce. Il “logos” di un simile procedere va ravvisato nel tratto della “relatività” dello “sviluppo fisio-psichico” da cui discende l’incapacità. Esistono comportamenti, infatti, rispetto ai quali il disvalore etico-sociale è talmente dirompente da non poter risultare inintelligibile a un dato sviluppo intellettivo sia anche limitato (basti pensare ai delitti contro la persona).

Per converso, la capacità di intendere e di volere è “presunta” al compimento del diciottesimo anno di età.

Tale presunzione è “relativa” dal momento che essa è esclusa o diminuita in presenza del vizio totale o parziale di mente o delle altre cause normativamente previste. In tal caso, il meccanismo, dunque, è inverso, perché i presupposti dell’accertamento si rinvengono nelle situazioni descritte dagli artt. 88 e segg. c.p.

Rilevano, *in primis*, i cc.dd. “stati emotivi o passionali” di cui all’art. 90, oggetto di aspro dibattito in dottrina e giurisprudenza. Il dettato della norma, che testualmente recita «*gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l’imputabilità*», palesa quale *ieratica ratio* quella di evitare di dichiarare incapace di intendere e di volere ogni autore di delitto «impulsivo».

Ne resta funestata, secondo certa dottrina (Garofoli R., Manuale di diritto penale, 2011), la coerenza del codice che, a seconda del profilarsi di certe situazioni, ascrive a quegli stessi stati rilievo ora “attenuante” ora addirittura “scusante”. Valga per tutti il caso dello “*stato d’ira determinato da un fatto ingiusto altrui*”, richiamato dall’art. 62 n. 2 come circostanza attenuante, mentre, dall’art. 599, co. 2, è ritenuto quale causa di non punibilità.

Ebbene, onde fronteggiare tracimazioni del vissuto, funzione questa cui dovrebbe fisiologicamente assolvere il diritto, la disposizione *de qua* è stata rivisitata dal legislatore subordinando la portata “indulgenzialista” degli stati emotivi e passionali a due condizioni essenziali: **che lo stato di coinvolgimento emozionale inerisca una personalità già debole e che tale stato venga ad assumere i tratti di un’infermità sia anche transitoria** (cfr. Ponti G., La perizia sull’imputabilità, 1987).

In tal senso si pone anche la pronuncia della Suprema Corte secondo cui: «*Ne deriva la necessità, per il giudice di merito, laddove investito di una questione che involge comunque un disturbo caratteriale o relazionale di una determinata persona imputata (o imputabile) di accertare funditus se tale anomalia abbia un qualche collegamento con una situazione di malattia tale da compromettere la capacità intellettuale e volitiva del soggetto, esigenza tanto più insopprimibile, se riscontrata da dati clinici ricavabili ex actis o, comunque, da elementi tali da determinare una necessità di approfondimento specifico*» (Cass., Sez. III, 17.04.2013, n. 17608).

Il concetto di infermità, a sua volta, non è immune da argomentazioni alquanto speciose. Stante l’ampiezza interpretativa cui si presta, si dilata in egual misura l’estensione applicativa dell’istituto dell’«inimputabilità». Segnatamente, ciò che interessa ai fini del giudizio sulla capacità di intendere e di volere, è che “*il disturbo sia tale da compromettere gravemente l’attitudine tanto a percepire il disvalore del fatto commesso, quanto a recepire il significato del trattamento punitivo*” (cfr. Cass., SS.UU., 8 marzo 2005, n. 9163, nota come sentenza Raso).

L’infermità può discendere anche da una malattia fisica tant’è che la dizione letterale degli artt. 88 e 89 c.p. impiega genericamente il termine «infermità» senza il qualificativo “mentale”, *rectius*, un’infermità tale da provocare uno stato di mente che esclude l’imputabilità ovvero con refluenze sulla dosimetria della pena. *Vexata quaestio* si è rivelata, *prima facie*, quella relativa alla valutazione dei “disturbi della personalità”. La giurisprudenza di legittimità è concorde nell’ammettere che tali disturbi psichici possano rientrare nel concetto di infermità nella misura in cui incidano concretamente sulla capacità di intendere e di volere del soggetto e a condizione che sussista un nesso eziologico tra condotta criminosa, che approda al fatto di reato, e disturbo mentale. (cfr. Cass., SS.UU., 8 marzo 2005, n. 9163, cit.).

Il vizio di mente rapportato nel tessuto normativo degli articoli da ultimo richiamati, presenta gradi diversi.

Infatti, ai sensi dell’art. 88 c.p., è esclusa l’imputabilità per chi «*nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d’ intendere e di volere*». In tal caso il vizio invalidante ha portata “totalizzante”, escludendo, in via assoluta, la capacità d’intendere e di volere. I requisiti presupposti dalla norma sono “il promanare del vizio” da una infermità e la presenza dello stesso al momento del fatto: dato, quest’ultimo, esplicativo del tratto della “transitorietà”. L’infermità, infatti, può escludere completamente la capacità d’intendere e di volere anche se transeunte. Non è quindi richiesto, in questo caso, alcun nesso causale tra il reato commesso e l’infermità, ma la semplice incapacità del soggetto al momento della commissione del fatto. È, invece, affetto da vizio parziale di mente, a norma dell’art. 89, colui che «*nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d’intendere o di volere*» per cui questi «*risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita*». Il *discrimen* tra i due vizi è di tipo “quantitativo”: nel vizio totale di mente l’infermità è tale da escludere totalmente la capacità del soggetto, mentre nel vizio parziale di mente, essa si attegga in modo da scemarla grandemente, per cui il soggetto resta imputabile, beneficiando tuttavia di una riduzione di pena.

In passato, il vizio parziale di mente era considerato una mera *factio iuris* sulla considerazione che un soggetto fosse sano o infermo: *tertium non datur*. Ad oggi, invece, la semi-infermità cui fa capo la non imputabilità ridotta costituirebbe “una modalità per non deresponsabilizzare penalmente il malato che ha compiuto il delitto” (cfr. Ponti G., Responsabilità e psichiatria. Il ruolo della psichiatria nel processo penale, in Rassegna di criminologia, 1984, 177). Il vizio parziale di mente opera, pertanto, *quoad penam*, come “circostanza attenuante” e, in quanto tale, suscettibile del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., pur non potendo essere contemplata

due volte a favore dell'imputato, alla stregua, *id est*, di parametro valutativo ai fini della concessione delle "circostanze attenuanti generiche" e contestualmente di "attenuante speciale" (impropria). *De iure condito*, «il vizio parziale di mente, attenendo alla sfera dell'imputabilità, è una circostanza inerente alla persona del colpevole. Essa quindi è soggetta al giudizio di bilanciamento» (vedasi Cass., sez. III, 7.12.1992, n. 2205), e, ancora, *ex pluribus*, «la disciplina del giudizio di comparazione (...) è applicabile anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, come (...) la diminuzione del vizio parziale di mente» (Cass. Sez. II, sent. n. 10363 del 11/05/1982).

Diversamente dalla incapacità settoriale, poi, il vizio parziale investe tutta la mente, ma in misura meno grave. "In-firmus", come l'etimologia vuole, è il non-fermo, il non-stabile: tra il prefisso di valenza privativa e il *nomen* cui esso si appone, si distende un'eterogeneità di fattori le cui variabili, mescolandosi tra loro, rendono complesso l'*opus* di accertamento diagnostico del perito.

Già dai primi del '900 il concetto di infermità ha preso ad abbracciare le nevrosi, le psicopatie e i disturbi dell'affettività sdoganandoli da rilievi organici o anatomici. Caposaldo paradigmatico, dunque, è ormai il "modello multifattoriale" che consente agli esperti di garantire ai giudici, nell'ambito del giudizio di imputabilità, un supporto dotato di validità scientifica. *Ex adverso*, più problematica è la valutazione circa l'incidenza del "disturbo" sulla capacità d'intendere e di volere del soggetto agente.

**Analogamente, come anticipato, comportano una "capitis deminutio" (in senso atecnico e improprio) l'"ubriachezza", l'"intossicazione da stupefacenti" e il "sordomutismo".**

La prima, stando al combinato disposto degli artt. 91 e 92 c.p., esclude l'imputabilità o diminuisce la pena solo se cagionata da "caso fortuito" o "forza maggiore". Si tratta della c.d. "ubriachezza accidentale" richiamata dall'art. 91.

Situazione diametralmente opposta è quella esplicita dal sintagma "ubriachezza volontaria o colposa" cui fa riferimento l'art. 92, co. 1, che non esclude né fa scemare l'imputabilità. Nel caso, ancora, di ubriachezza "preordinata" ex art. 92, secondo comma, la pena è aumentata. È, quest'ultima, un'esemplificazione codicistica del paradigma, mutuato dalla teologia morale, e permeato dall'art. 87, dell'"*actio libera in causa*".

Lo stato preordinato d'incapacità d'intendere e volere" postula, da ultimo, che l'agente aveva il potere di porsi o di non porsi in condizione d'incapacità. Il ragionamento conducente è quello della, per così dire, "transitività": colui che, machiavellicamente, predispone una situazione in cui versa come incapace e dalla quale origina un evento lesivo, deve rispondere dell'evento medesimo, «*indipendentemente dalla circostanza che questo sia previsto e voluto*» (G. Fiandaca, E. Musco, Diritto penale, 2014). Ulteriore aumento di pena è previsto nel caso della "ubriachezza abituale" e anche per la "abituale intossicazione" (art. 94, commi 1 e 3). Rilevano, al riguardo, la dedizione all'uso eccessivo di bevande alcoliche e il frequente stato di ubriachezza o intossicazione. Quanto alla "cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti", ex art. 95, questa si atteggia quale causa di esclusione o attenuazione dell'imputabilità alla stregua di quanto previsto negli artt. 88 e 89 c.p.

L'art. 96, infine, prevede come categoria di soggetti non imputabili quella degli individui colpiti contestualmente dalle due affezioni del mutismo e della sordità. Dirimente ineludibile è l'accertamento nel sordo, al momento della commissione del fatto, della incapacità di autodeterminazione dovuta alla mancanza di udito e di parola.

Le implicazioni del quadro sin qui sinotticamente delineato, e confortato dalla più recente psicologia giuridica, sono alquanto spinose stanti le refluenze che in ambito processual-penalistico, e non solo, discendono dalla mancanza dell'elemento soggettivo del reato. Di tal chè, risulta di intuitiva evidenza che il soggetto "affetto" da incapacità di intendere e di volere, come dianzi brevemente illustrato, non possa avere quella «*volontà che investe il significato umano e sociale della propria condotta*» (Pagliaro A., Principi del diritto penale, 2003) in una, un significato "criminoso", in cui si condensa il dolo. Sicché, il giudice dinanzi al quale rileva il difetto dell'elemento soggettivo del reato, discendente dall'incapacità, *ut supra* connotata, dovrà assumere le conseguenziali statuizioni, pronunciando, a seconda dello stato di giudizio, sentenza di non luogo a procedere ovvero assoluzione, conformemente agli artt., rispettivamente, 425 e 530 c.p.p.

**Problema diverso, invece, sorge laddove l'incapacità d'intendere e di volere rilevi, *ictu oculi* e in maniera evidente e incontrastata (a seguito di accertamento tecnico peritale), nella fase delle preliminari investigazioni. In tal caso, interpretando analogicamente le norme sopra richiamate, ben potrebbe, e dovrebbe, a nostro avviso, il Pubblico Ministero procedente, richiedere un provvedimento ex art. 408 codice di rito penale, stante il fatto che l'incapacità di comprendere il senso e la portata della propria condotta anti-giuridica, elide, a monte, la coscienza e volontà dell'azione contra ius. Non residua, infatti, in tali circostanze, spazio alcuno per quello che Kierkegaard definisce "il dramma della scelta" dove attecchisce quella consapevole colpevolezza, nota anche a San Paolo e già resa esaustivamente dalle parole di Ovidio «vedo il bene, lo approvo, vedo il male, lo seguo» (Metamorfosi). ©**