

**ASSOCIAZIONE ITALIANA
DI
PSICOLOGIA E CRIMINOLOGIA AIPC
ROMA**

**Corso ‘Interdisciplinare di Scienze
della Prevenzione, Criminologiche e Forensi’**

Tesina di specializzazione

di

RITA MASCIALINO

**SULLA CAPACITÀ
DI INTENDERE E DI VOLERE
E SUL REATO
DI VIOLENZA SESSUALE
NEL CODICE PENALE ITALIANO**

Anno 2010

Indice

Introduzione	p. 3
Capitolo 1	
Lo sfondo linguistico, scientifico, sociopolitico e culturale del concetto di capacità/incapacità di intendere e di volere.....	p. 3
Capitolo 2	
La capacità/incapacità di intendere (artt. 85, 88, 89, c.p.).....	p. 8
Capitolo 3	
La capacità/incapacità di volere (artt. 85, 90, c.p.).....	p. 12
Capitolo 4	
Sul reato della violenza sessuale (art. 609bis, 612bis, c.p.).....	p. 18
Conclusione	p. 23
Bibliografia	p.25

Introduzione

La presente tesina riguarda il concetto di capacità di intendere e di volere nei suoi tratti generali come appaiono nel codice penale italiano e specificamente applicate nell'ambito criminologico del reato di violenza sessuale e dello *stalking* avendo come base la formulazione linguistico-concettuale propria degli articoli di legge 85, 88, 89, 90, 609bis e 612bis del codice penale italiano.

Poiché la legiferazione in uno Stato democratico si inserisce o si dovrebbe inserire entro la finalità prioritaria di rendere possibile la sopravvivenza, la convivenza civile e l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, nonché quella di rendere possibile un adattamento di qualità sempre migliore dei suoi cittadini all'esistere, in questa tesina verrà messo in evidenza in che misura i succitati articoli del codice penale riferiti alla capacità di intendere e di volere e ai delitti di violenza sessuale e persecuzione o *stalking* adempiano gli obblighi testé menzionati ed in che misura eventualmente non vi adempiano.

Nel primo capitolo si accenna allo sfondo linguistico, scientifico, sociopolitico e culturale in cui si colloca la distinzione fondamentale tra salute mentale e malattia o disturbo mentale in ambito forense, questo in quanto le idee vengono prodotte in un contesto storico dotato di un livello linguistico, scientifico, sociopolitico e culturale, elementare o progredito, che le rende possibili e che le influenza, contribuendo a dare loro un contenuto o l'altro.

Nel secondo capitolo si accenna ad un'analisi del testo degli articoli 85, 88, 89 del codice penale relativamente alla capacità di intendere mettendo in evidenza gli effetti positivi ed eventualmente negativi che ricadono sul piano sociale.

Nel terzo capitolo si accenna ad un'analisi del testo dell'art. 90 del codice penale relativamente alla capacità di volere mettendo in evidenza gli effetti che lo connotano sul piano sociale come sopra.

Nel quarto capitolo si accenna ad un'analisi del testo degli articoli 609bis e 612bis del codice penale relativamente ai delitti di violenza sessuale e di persecuzione o *stalking* mettendo in evidenza soprattutto gli effetti di discriminazione fra i sessi che li connotano come ricaduta sul piano sociale. Seguono infine la conclusione e la bibliografia.

Capitolo 1

Lo sfondo linguistico, scientifico, sociopolitico e culturale del concetto di capacità/incapacità di intendere e di volere

La maggior parte della cultura o civiltà espressa dagli umani passa per l'elaborazione linguistica, non lasciando l'elaborazione linguistica nessun campo libero da se stessa e fungendo essa da base a qualsiasi elaborazione concettuale. Si dà qui pertanto qualche cenno sulla formazione delle idee

espresse in linguaggio onde interpretare poi il concetto di capacità/incapacità di intendere e di volere in uno sfondo interpretativo consonano.

Regola come perno centrale tutto il meccanismo linguistico la comprensione della realtà che muta identità secondo quanto di essa viene compreso. Al proposito sorgono parole nuove, neologismi che esprimono una o l'altra comprensione per come essa si è verificata, uno o l'altro concetto o emozione. Per l'impianto generale di base del linguaggio, quello che regge l'ingresso di tutti i neologismi rimanendo più o meno simile nel tempo ed evolvendo molto lentamente, vale la consuetudine economica di ampliare il significato dei termini linguistici già esistenti, un po' come il riattamento di uno stabile vecchio, ma molto robusto. In tale atmosfera linguistico-concettuale aumentano esponenzialmente le difficoltà nell'uso dello strumento linguistico. Talora i concetti diventano inadeguati, non più passibili di assumere nuove sfumature semantiche, ma la loro inadeguatezza spesso o comunque per lunghissimo tempo non viene consapevolizzata in quanto tale ed allora i termini che vi si riferiscono rimangono in circolazione senza diventare ufficialmente obsoleti pur essendolo, ciò che sparge confusione nell'uso degli stessi. Per questi motivi e per altri ancora che qui non si citano divenire esperti nell'uso del linguaggio oggi è più impegnativo di quanto già fosse in tempi antichi, dato che la semantica intrinseca ai concetti e ai termini linguistici corrispondenti è oggi più complessa di un tempo grazie all'aumentato progresso delle conoscenze. Una simile difficoltà riguarda anche e molto particolarmente la definizione del concetto di capacità di intendere e di volere al centro ancora oggi di opinioni contrastanti, opposte. Linguisticamente e concettualmente parlando, la capacità si riferisce al concreto e materiale contenimento di un recipiente, ad esempio una pentola o un secchio e simili, anche di un luogo, verso quanto vi può stare dentro, liquidi, gas, oggetti, esseri viventi e altro che possa essere contenuto in qualche cosa d'altro.

Passando dal livello concreto e materiale al livello analogico e metaforico, le cose si fanno meno evidenti in quanto si ha a che fare con una somiglianza di qualche genere tra il contesto concettuale originario e quello derivato metaforicamente. Ad esempio, in senso metaforico, la capacità, intesa in senso positivo di possibilità di contenere qualcosa, si riferisce anche alla possibilità di contenimento della scatola cranica intesa molto approssimativamente come luogo in cui stanno le abilità se ci sono.

Nel tempo le conoscenze scientifiche sono aumentate e questo livello di comprensione riferito alla capacità mentale sta cambiando ed è anche già cambiato notevolmente. Tuttavia, per i meccanismi linguistici e concettuali accennati anche idee di formazione molto arcaica permangono nella grande maggioranza della popolazione anacronisticamente quanto inconsciamente e comunque senza che

nessuno se ne accorga o con pochi che se ne accorgano. La cosa non è priva di effetti negativi, anzi è alla base di molti equivoci.

Ad esempio, il giudizio cosiddetto scientifico in quanto forgiato da cosiddetti scienziati e comunque studiosi, in passato, faceva grandi distinzioni fra i sessi quanto a intelligenza e quindi, di conseguenza, quanto a capacità di intendere e di volere: sul giudizio sulle donne da parte di eminenti studiosi non troppo distanti nel tempo da noi e anche contemporanei si deve rilevare che esso risente ancora del giudizio pseudoscientifico del passato su cui ha influito la credenza nella maledizione divina per Eva con la connotazione della sua personalità, adatta a sedurre il maschio e a contravvenire infedelmente agli ordini in quanto incapace di perseverare, di avere forza di volontà e simili, donna maledetta dalla divinità con la condanna al parto (Bibbia, Genesi) e inferiore al maschio cui competeva il lavoro con la sua manifestazione di attività fisica e mentale. Questa opinione arcaica, se non altro inconsciamente, grava ancora adesso in molte parti della società contemporanea, in Africa, negli Stati arabi e islamici, ma anche in parte della popolazione interna ai singoli Stati democratici. Ora questa opinione, che abbiamo citato come esempio fra i tanti possibili, ha fatto sì e fa sì che la donna continui ad essere svalutata e che i maschi vedano non sempre di buon occhio o spesso quasi mai il fatto che anche alla donna si diano dei diritti, primo fra tutti quello di rifiutare un maschio, cosa che in passato non poteva verificarsi che molto di rado. Il maschio, portatore di comportamenti ereditati dal branco e consolidati nelle fasi successive, non tiene sempre il passo con l'avanzamento democratico e scientifico che scalzano in parte l'assolutismo e la pseudoscienza del passato, anche in piccola parte il suo potere e strapotere risalente ad epoche prive di diritti per i più deboli, femmine in primo piano. Questo per evidenziare come anche nel pensiero scientifico si siano fatti sentire e si facciano sentire talora anche oggi influssi non scientifici dovuti al pensiero religioso, ad usi e costumi di vita arcaici. Al proposito Margaret Cichello (2010) si chiede come faccia ad esistere il *sex offender*, fenomeno considerato incomprensibile alla mente delle persone perbene. Per una comprensibilità di tale comportamento aggiungerei ai motivi addotti dalla studiosa proprio gli usi e costumi sociali arcaici, tra cui il dato di fatto che il maschio umano ha sempre stuprato la femmina che non ha mai potuto in passato ribellarsi a lui, dovendo subire di essere usata per il sesso e la procreazione, si deve dire: senza pietà alcuna, questo in linea generale, per poter sopravvivere. Gli anticoncezionali, frutto della ricerca scientifica, hanno limitato la supremazia del maschio sulla donna diminuendo senz'altro la sopraffazione della donna – salute a parte –, maschio che non cede evidentemente volentieri una supremazia dovuta non solo alla maggiore forza fisica, ma anche e soprattutto all'uso del suo pene come mezzo principe di umiliazione e sottomissione violenta o meno della donna ed ecco che il *sex offender* prosegue nel tempo il comportamento violento nei confronti della donna come se lo

potesse fare esattamente come prima, un po' anacronisticamente dunque, con tratti apparentemente diversi dalla tipologia dello stupro in passato che aveva in primo luogo la connotazione del matrimonio socialmente accettata da tutti e subita in tutti i sensi dalla donna, volente o nolente. Oggi ad esempio una donna può scegliere di non procreare, un tempo no. Anche l'incesto ha basi arcaiche, costruite quando ancora il maschio non sapeva che contribuiva anch'esso alla procreazione e quindi usava sessualmente tutti quanti senza distinzione, maschi, femmine, figli e non, uso che si è protratto nel tempo in non pochi casi fino ad oggi come arcaica abitudine, come continuazione della totale supremazia maschile, come sua mancanza di limiti al proprio agire.

Citiamo come ulteriore esempio di tali influssi sul pensiero scientifico e sugli usi e costumi sociali e culturali il Fattore G di intelligenza generale di Spearman, dei primi anni del Novecento, il quale risulta essere una riedizione in chiave biologica e non più divina del concetto di capacità/contenimento immutabile ed pertanto un anacronismo scientifico travestito. Il concetto di capacità mentale implicava in passato secondo la struttura spaziale della metafora relativa a recipienti che non sono tutti uguali quanto a dimensioni e non cambiano la loro capienza nel corso del tempo, che ad ogni singolo individuo fosse data dalla nascita una certa capacità di contenimento per così dire e che essa rimanesse stabile per tutta la vita, molto simile al *G Factor* nella diversità di contenimento e nell'immutabilità. Si tratta di un fattore tutto fare, di ordine appunto generale, un'entità non meglio definita e comunque determinata biologicamente che entrerebbe sempre in funzione consentendo la presenza delle singole abilità. Come ricaduta più rilevante in ambito sociale di tale capacità originaria o *G Factor* stanno la giustificazione ed il consolidamento della divisione rigida dei ceti sociali, un concetto quindi che rappresenta senz'altro una fase nell'evoluzione delle idee visto che la divinità non compare più direttamente all'orizzonte della storia dei concetti come garante delle idee, delle conoscenze come ancora in Descartes e in Leibniz, Croce e tanti altri più recenti studiosi, ma che è ancora molto vicino ad essere un impasto più moderno dell'arcaico modo di pensare.

Oggi si sa ormai abbastanza chiaramente grazie a molti studiosi, ma assai precedentemente già con Socrate il quale riteneva che vi fosse una varietà nelle abilità e nell'intelligenza secondo l'esercizio e la competenza raggiunta da ciascuno e che chi era bravo in un ambito non lo era altrettanto in un altro così via, oggi si sa appunto che l'intelligenza non si basa su nessuna entità immutabile tipo il *G Factor* a ipotizzata base organica congetturato in ambito già scientifico e non più esplicitamente religioso, ma ancora in grado di ricordare inconsciamente gli antichi predecessori più primitivi. È anche sufficientemente chiaro che l'intelligenza come capacità di comprendere o intendere o altro viene al contrario costruita ambientalmente – vedi come esempio tra gli altri l'ipotesi delle intelligenze multiple di Howard Gardner – attraverso l'esperienza resa possibile da una eredità

genetica condivisa similmente in donne e uomini, in ciascun essere umano che sia esente da tare. Volendo dare una base genetica ai percorsi dell'intelligenza, essa, a meno che non vi siano lesioni o malformazioni cerebrali insuperabili, può forse o verosimilmente riscontrarsi in una maggiore o minore plasticità dell'impianto sinaptico ereditato, una maggiore fluidità o lentezza nel reagire agli stimoli, plasticità che può essere migliorata o peggiorata attraverso gli interventi educativi.

Nel tempo si sono succeduti vari modelli scientifici in ambito biologico, specificamente psicologico. Per citare solo alcuni altri fondamentali esempi di come alcune scoperte scientifiche influenzino l'ambito sociopolitico e culturale e di come anche la scienza non sia talora a sua volta esente da influssi non scientifici, verso la fine dell'Ottocento lo psichiatra tedesco Emil Kraepelin aveva correlato l'incapacità a livello mentale a cause di livello organico, fisico, comunque clinicamente documentabili. I soggetti devianti venivano considerati impotenti a cambiare la loro situazione mentale rigidamente stabilita dalla biologia in dotazione alla nascita, pensiero che proseguiva nella scia prodotta dai più arcaici modelli concettuali e non scientifici. Più o meno contemporaneamente il neurologo austriaco Sigmund Freud, fondatore della psicoanalisi, scopre la presenza dell'inconscio e propone un modello non solo organico, ma anche ed eminentemente psicologico, basato sull'attività inconscia della mente che sarebbe alla base della maggioranza dei disturbi mentali, quindi un modello dinamico, non più solo statico come quello a base organica di Kraepelin poco suscettibile di mutamenti, un modello che apre un nuovo orizzonte alla ricerca psichiatrica e cambia il concetto di capacità mentale sfumandone maggiormente i confini. La capacità non è più correlata del tutto immutabilmente a qualche cosa di stabile, di fisso. Nella seconda metà del Novecento si impone un modello di stampo marxiano che pone la base dei disturbi mentali *in toto* nell'ambiente che determinerebbe la personalità, nella società dunque, nei suoi influssi negativi o positivi sulla formazione della personalità dell'individuo. Si tratta di un modello che, pur avendo uno spunto di verità nel fatto scontato che tutti influiscono su tutti reciprocamente – tuttavia non deterministicamente come con una certa faciloneria tale modello ha interpretato –, ha fatto indubbiamente molti danni. Tra l'altro e soprattutto, questo modello ha contribuito massicciamente ad esautorare i genitori dalle loro responsabilità verso la prole, a togliere loro molto della responsabilità educativa che al contrario compete loro in massimo grado – vedi per altro *culpa in vigilando*, art. 2048 del codice civile strettamente collegato alla *culpa in educando*, di ancora maggiore obbligo come recentemente si inizia propriamente a considerare. In un momento dove l'intervento educativo genitoriale doveva potenziarsi data la maggiore libertà prevista nell'organizzazione democratica della società subentrata un po' dovunque nell'Occidente dopo la Seconda Guerra Mondiale, seppure in diversa misura secondo il precedente stato dell'organizzazione sociopolitica, esso si è al contrario indebolito quando anche non si è reso

praticamente inconsistente. Questo da un lato ha favorito grandemente il cambiamento dell'organizzazione sociale in senso più democratico dando ai giovani maggiore peso nella società, dall'altro ha anche contribuito massicciamente all'aumento delle devianze nei giovani, di molti disturbi mentali, delle tossicodipendenze, della degenerazione sul piano morale. Certo c'è la Scuola, anch'essa vigila ed educa, ma fa quello che può agendo sul materiale umano che le arriva confezionato dalle famiglie. Da parte mia, accanto ad un influsso sociale astratto e secondario rispetto all'influsso dei genitori che è concreto e primario, suggerirei di introdurre il modello ambientale a base educativa, in primo luogo genitoriale, che ritengo quello più importante di tutti in assoluto, certo non l'unico, ma, ripeto, il più importante visto che i genitori hanno in mano la vita dei loro figli dalla nascita e per tutta l'età formativa per eccellenza, quella che precede l'ingresso in prima elementare e che si svolge parallelamente a tutto il periodo evolutivo. Più recentemente e attualmente il modello proposto in linea di massima è quello integrato, ossia quello che combina assieme un po' tutte le componenti che in passato informavano i singoli modelli: la base organica, la base psicologica, l'influsso sociale, l'eventuale base educativa genitoriale se la si vorrà accettare un giorno che mi auguro non lontano – è chiaro che i genitori dovranno essere a loro volta educati, non possono improvvisarsi educatori come un tempo, quando le difficoltà erano minori, la libertà essendo molto limitata per le masse.

I concetti si formano anche secondo quanto i vari regimi politici permettono in ambito di ricerca cognitiva, scientifica, così che si ha una o l'altra cultura come insieme di usi e costumi sociali, individuali. Dove i regimi siano statici e assolutistici, non interessati al progresso e alla democrazia con la presenza di diritti di cittadini, molti aspetti dell'organizzazione sociale e culturale stagneranno. Dove i regimi siano interessati al progresso e alla democrazia, l'organizzazione sociale potrà essere più avanzata, molti aspetti dell'organizzazione progrediranno. Anche le leggi nei codici civili e penali riflettono l'insieme degli influssi di cui sopra e in primo luogo il tasso di democrazia di un Paese, di uguaglianza o disuguaglianza di trattamento dei cittadini, come vedremo.

Capitolo 2

La capacità/incapacità di intendere (artt. 85, 88, 89, c.p.)

Non si fanno certo qui proposte sostitutive degli articoli di legge in quanto la competenza per questo spetta ai giuristi e ai legislatori. Qui vogliamo analizzare gli articoli di legge dal punto di vista linguistico-concettuale, come anticipato nell'introduzione e nel primo capitolo. Per fare un esempio di come il termine *intendere* possa e forse debba anche essere superato da qualcosa di meglio nel senso di più funzionale, se in luogo di essere capaci di *intendere* si dicesse *comprendere*, ossia si dicesse capacità/incapacità di comprendere, già con questo cambiamento, che di suo non può essere

sufficiente, gli equivoci sarebbero comunque di numero minore, essendo il significato del verbo *comprendere* meno ampiamente equivocabile di *intendere*. Di fatto, *intendere* implica già la presenza della volontà di agire, mentre *comprendere* indica l'azione di *prendere assieme* secondo il modo di vedere la comprensione nella lingua latina e italiana, anche greca per altro – *capire* indica la possibilità di *contenere* come appunto capacità di contenimento, capienza e simili, riferibili anche alla testa come contenitore delle abilità e si riallaccia più direttamente alla capacità mentale di antica memoria. *Intendere* significa invece in latino *tendere verso* nel senso di *dirigersi verso*, andare alla meta, dirigersi verso il traguardo sia in ambito concreto che metaforico, riferito quindi anche alla mente e alle sue decisioni, ai suoi atti di volizione, azione che implica che si sia verificata a sua volta appunto l'azione di *volere* e, come azione agita implicitamente, anche di *capire*. Si potrà obiettare di primo acchito che il significato latino originario di *intendere*, quello di *dirigersi verso*, sia divenuto obsoleto in italiano e che nessuno lo conosca ed anche che non sia più in uso, ma l'obiezione non tiene conto che il continuum culturale si tramanda di generazione in generazione negli usi linguistici e resta pertanto molto a lungo ed in qualche misura ed in determinate circostanze anche sempre addossato al termine. Ma se proprio non volesse venire recepito che *intendere* significa sia *volere* che, implicitamente e metaforicamente, *capire* a partire già dalle sue origini latine rimaste intrinseche anche ed ancora al termine italiano, basta soffermarsi nell'altro uso comune di *intendere* nel senso di *volere*. Quando si dice *ho inteso dire*, la frase non è sinonimica di *ho compreso dire*, espressione in sé insensata come balzerebbe all'occhio di chiunque, bensì è sinonimica della frase *ho voluto dire, ho avuto l'intenzione di dire*, ossia *che cosa vuoi dire o che cosa intendi dire* sono dell'area sinonimica pertinente al verbo *volere* che non coinvolge i verbi *capire, comprendere*. Certo, comunemente, quotidianamente, non ci serve sapere che cosa precisamente significhi *intendere* in un contesto o l'altro al di là di un elastico e generico *comprendere* che è il suo significato presente anche nel codice penale, ma appunto in ambito di giudizio forense l'eventuale difetto di conoscenza produce un effetto di elasticità nell'uso dei termini che non dovrebbe esserci e che si fa sentire pesantemente, offrendo meno chiarezza là dove tutto dovrebbe essere chiaro in massimo grado o il più possibile. In ogni caso, la formula presente nel codice penale, come vedremo citando l'articolo ad essa relativo, significa in parte e pressappoco capacità/incapacità di volere e di volere, in una tautologia di significati affini che si danno per diversi. Può non sembrare, ma proprio la confusione linguistico-concettuale alla base del significato dei termini adoperati nella formulazione linguistica produce un art. 85 del codice penale, Libro I - *Dei reati in generale*, Titolo IV - *Del reo e della persona* che è fonte di equivoci e di ingiustizia in tanti processi. Eccone il testo:

“85. **Capacità d'intendere e di volere.** – Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere.”

Implicito a questo articolo è che qualsiasi causa limiti la capacità di intendere e di volere nel *momento in cui* avviene l'azione delittuosa va presa in considerazione, non solo quindi la malattia mentale conclamata e cronica. In alcune spiegazioni inserite nell'Esplicato *minor* (Esselibri-Simone 2009) ritenute opportune forse proprio dalla vaghezza e singolarità dei concetti che riguardano l'art. 85 del c.p., si parla anche di *maturità psichica* – lasciando perdere adesso l'analisi di tutto il pezzo delle spiegazioni che meriterebbe uno studio a parte. In ogni caso, il concetto di maturità psichica, non ha un referente oggettivamente identificabile in qualche modo, ma è un concetto che lascia alla soggettiva discrezionalità del giudice o dello psicologo o di chiunque il vaglio della maturità appunto come impressione personale. Ora, le metafore devono accordarsi con la spazialità di base della situazione di cui vogliono essere metafore, pena la loro caduta nell'incoerenza. L'albero matura di suo, come fa il nespolo ad esempio, il quale alla stagione appropriata matura dando frutti secondo la genetica intrinseca alla sua specie. Nulla di simile si verifica con la psiche o con la mente o con il cervello o con la personalità che non maturano con la stagione o con il tempo, ma che vengono costruiti e sviluppati secondo l'esperienza dell'individuo, educazione ed istruzione comprese ed in primo piano. Ne deriva che il concetto metaforico di maturità psichica è una metafora errata, non può quindi avere valore esplicativo, ma anzi diffonde confusione tra canoni oggettivi e discrezionali.

In una delucidazione sempre posta in calce il commentatore spiega che significato si debba dare al verbo *intendere* come capacità di intendere:

“La norma impone, quale presupposto per l'accertamento della responsabilità penale, la sussistenza, nel reo, di uno status personale, di un modo d'essere denominato **imputabilità** e qualificato come **capacità di intendere** (cioè di rendersi conto del rilievo sociale delle proprie azioni) e **di volere** (cioè di autodeterminarsi liberamente nel fare quanto si ritiene opportuno dover fare) [neretti nel testo originale]”.

Al di là di qualsiasi indagine scientifica, è autoevidente che se uno assassina qualcun altro con azioni coerenti allo scopo da raggiungere sia capace di intendere e di volere in quanto consapevole di che cosa significhi l'uccisione, l'assassinio, per di più in genere agendo nascostamente e negando poi di aver commesso l'azione, tutte situazioni che mostrano come vi sia una sufficiente capacità di intendere, sufficiente ad essere reso imputabile, responsabile delle proprie azioni – non occorre essere Einstein per essere in grado di intendere. Le spiegazioni del commentatore introducono, sempre nella finalità di fare chiarezza, anche il concetto di comprensione del *rilievo sociale* delle azioni stesse commesse dal reo, ossia il commentatore cerca di restringere il senso da dare alla capacità di intendere e di volere. Ma tali spiegazioni implicano che uno uccida senza sapere che le uccisioni non si fanno in ambito sociale, ossia che non sono buone azioni. Certo, in questo caso il reo non è imputabile, ma allora, se non saprà che uccidere o violentare e altri crimini macroscopici non sono buone azioni, non riconoscerà tante altre situazioni del vivere comune per cui sarà evidentissima la sua situazione di infermità mentale non solo per il riconoscimento del rilievo

sociale e simili, ma anche nella sua esistenza, nel suo adattamento al reale che risulteranno incoerenti.

Anche gli articoli 88 ed 89, che riguardano sempre la capacità di intendere oltre che di volere, risultano piuttosto vaghi ed anche pleonastici. Essi ripetono quanto già affermato dall'art. 85, cioè con la presenza di una certa dose di parafrasi dell'85. Affermano, come si può leggere nella formulazione linguistico-concettuale che li contraddistingue, che chi non è capace di intendere e di volere non è imputabile, come se ciò non fosse già stato affermato dall'art. 85 e nulla vi aggiungono di diverso tranne la specificazione riguardante l'introduzione di una differenziazione dell'incapacità come totale o parziale. Nelle delucidazioni in calce agli articoli viene affermato che l'accertamento del vizio o della incapacità derivante da malattia psichica o fisica con incidenza sulla personalità è lasciato inevitabilmente alla soggettiva interpretazione dell'interprete, ossia in primo luogo dello psichiatra o psicologo, ma anche del giudice che emette la sentenza secondo l'opinione che si è fatto delle persone, degli eventi e delle perizie. Li citiamo qui di seguito e diamo poi un cenno di brevissima analisi:

“88. Vizio totale di mente. – Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere.”

“89. Vizio parziale di mente. – Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente, da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità di intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita.”

L'articolo 88 risulta a tutti gli effetti una parafrasi ripetitiva dell'articolo 85, per cui potrebbe essere inserito nelle spiegazioni dell'articolo 85, ma non dovrebbe formare il contenuto di un nuovo articolo. L'articolo 89 ripete in parte sempre l'articolo 85, associando però l'infermità di mente ad un livello meno grave, cosa che si sarebbe forse potuta più opportunamente esprimere nell'art. 85. Entrambi gli articoli insistono su una infermità di mente che si verifica o in modo totale o parziale *al momento in cui* si verifica l'azione criminosa.

Uno dei problemi principali che il concetto di capacità/incapacità di intendere e di volere pone in ambito forense, sta dunque nella identificazione della soglia posta a distinzione tra capacità e incapacità. Tale soglia, dichiaratamente come nelle delucidazioni dell'articolo 88, non ha una base oggettiva riconosciuta come tale, così che almeno per ora, secondo la dichiarazione esplicitata nel codice penale italiano, essa dipende più direttamente da un punto di osservazione che, pur collocato in ambito scientifico, resta soggettivo. È in questa soggettività che possono stare più agevolmente e quasi giustificatamente la componente politica, sociale, culturale, gli influssi di potere soprattutto. In altri termini: il giudizio della capacità/incapacità può essere anche viziato da lotte di potere, di un partito o l'altro, di un governo con l'opposizione, inoltre dal tessuto culturale costituito dall'opinione pubblica o dei cittadini, dall'opinione dei *media*, anche dal contesto culturale dei Paesi esteri che grazie ai media sono conosciuti maggiormente e con i quali ci si può oggi abbastanza agevolmente confrontare su un piano di superficie, comunque utile alla conoscenza e

utile agli influssi, magari non capiti bene, comunque attivi. In Germania, ad esempio, il codice penale al paragrafo 20 tratta della *Schuldunfähigkeit*, per noi imputabilità all'incirca, e, pur essendo molto più netto nelle delimitazioni e precisazioni, prevede pure la lesione della *Selbstbestimmung* o autodeterminazione della vittima nella scelta sessuale, nella sua libertà quindi di scegliere il partner, fatto di per sé che evidenzia come anche lì e ovunque vi siano cuscini di vario genere per gli aggressori. È chiaro come i maschi in generale siano portati a difendersi, a salvaguardare in ogni modo i loro privilegi, la loro dominanza e siano molto restii a valutare seriamente e obiettivamente la loro situazione di aggressori sessuali, soprattutto verso le donne, nonché cerchino di sminuire la gravità del loro reato nella fattispecie.

Per finire, se nel linguaggio della quotidianità i significati dei termini e la natura delle cose e delle azioni possono essere elasticizzati secondo quelle che si riconoscono come le regole generali della comprensione un tanto al sacco, sul piano linguistico di un codice penale dove ne va niente meno della Giustizia non può valere la stessa elasticità. Ma per questo impegno di coerenza e giustizia sono eletti e remunerati da tutti i cittadini i membri dei governi, i deputati e i senatori delle due Camere del Parlamento e sono essi che vi provvedono e devono provvedere nel migliore modo possibile.

Capitolo 3

La capacità/incapacità di volere (art. 90, c.p.)

Quanto alla capacità di volere prevista dall'articolo 85 ma presa separatamente, essa viene trattata per alcuni particolari dall'art. 90 del codice penale riguardante gli stati emotivi e passionali, ossia, questi ultimi, a sfondo eminentemente sessuale. Sembra che tale articolo, più che un autonomo articolo di legge, sia una postilla all'art. 85 e seguenti, come andiamo a vedere in qualche dettaglio. Mi riferisco al fatto sancito dagli artt. 85, 88, 89 concernente una capacità di intendere nel *momento in cui* viene commesso il reato. Ora, una incapacità di intendere che si riferisce al *momento in cui* viene commesso il reato, è in primo luogo dovuta all'emotività alterata specie nel caso si tratti di un delitto di impulso. Su che cosa dovranno mai coloro che compiono delitti per impulso, una volta che sia dimostrato che c'è stato l'impulso cui non hanno risposto con l'adeguato controllo, su che cosa dunque dovranno imbastire la loro parziale o totale infermità mentale se non sull'alterazione dello stato emotivo? O è possibile che vi siano altri motivi che lascino lo stato emotivo tale quale e alterino la capacità di intendere al punto da non poter controllare l'impulso? Ma l'articolo 90, come vedremo subito direttamente dando un cenno di analisi della sua formulazione linguistico-concettuale, si riferisce non più come i precedenti articoli citati in questo studio a situazioni che si verificano nel *momento in cui* viene perpetrato il reato penale, bensì fa un'affermazione categorica

sugli stati emotivi o passionali che in sé non devono essere valutati circa la presenza di infermità mentale, sulla quale non incidono per nulla. Così recita l'articolo categoricamente lasciando un po' perplessi data la situazione di contraddizione con gli altri articoli citati: da un lato si ribadisce in tre articoli la questione del *momento in cui*, in questo articolo si elimina il *momento in cui* a proposito dell'infermità e si fa un'affermazione categorica, di valenza universale per tutte le situazioni relativamente agli stati emotivi e passionali che sempre accompagnano i delitti di impulso e non solo questi. Questa improvvisa categoricità non si accorda con quanto detto in precedenza e mostra purtroppo la contraddittorietà presente in tale gruppo di articoli del Capo I, Titolo IV, del codice penale, *Della imputabilità*. Bisognerebbe sapere quando tali stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità, ma l'articolo non lo dice, ossia l'articolo 90, ribadisco in base all'analisi della sua formulazione, fa una affermazione categorica che si deve riferire anche ai precedenti articoli essendo di valore universale, non relativo ad una situazione o l'altra, ma solo alla presenza di tali stati, ciò da cui la contraddittorietà che viene ad affliggere tutti e quattro gli articoli qui trattati relativi all'imputabilità dei rei.

Ecco ora il testo:

“90. **Stati emotivi e passionali.** – Gli stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità.”

Questo articolo dà l'impressione di essere un rimaneggiamento, si consenta l'espressione, *last minute*, una postilla fatta in seguita ad una dimenticanza, ad una insufficienza di quanto prodotto. Qui tuttavia non si tratta solo di dimenticanza o di una *Fehlleistung*, qui si tratta in ogni caso di una certa dose di incongruenza del gruppo di articoli, la quale incongruenza deriva soprattutto dal sintagma del *momento in cui* riferito all'infermità o alla salute mentale. Con questo articolo si è creduto a quanto pare di ovviare alle insufficienze degli articoli precedentemente citati, un po' come aggiungere un rattoppo, arte in cui gli italiani hanno un'eccellenza visto che sono un popolo conservatore, che non ama il nuovo e che pertanto preferisce rimaneggiare ad oltranza il vecchio per conservarlo e farlo sembrare nuovo, ovviamente senza riuscirci.

Ma anche in questo caso intervengono le delucidazioni in calce all'articolo le quali hanno per definizione la meta di chiarire il significato di qualcosa. Si legge in esse tra l'altro:

“La norma [l'art. 90] si fonda sull'esigenza di stimolare il **dominio della volontà** sulle proprie emozioni e passioni, e mira ad evitare che possa essere considerato non punibile qualunque **delitto impulsivo**, indipendentemente da uno stato morboso di mente. Dunque, la norma si riferisce agli stati emotivi e passionali che sono verificabili in una **persona sana** come tale ritenuta idonea a controllare la propria affettività (es.: la gelosia). Pertanto, possono assumere rilevanza come cause di esclusione o attenuazione dell'imputabilità, quegli stati emotivi e passionali che dipendano da una vera e propria infermità di mente [neretti nell'originale]”.

Tutto bene, solo che le spiegazioni in calce all'articolo 90, non sono pertinenti al dettato dell'articolo 90. Ribadendo, nell'articolo in questione si fanno asserzioni categoriche e nessuna spiegazione aggiunta può cambiare questo dato di fatto sul piano logico. Nelle delucidazioni viene inoltre introdotto lo sconcertante concetto di *vera e propria* infermità di mente il quale implica che

vi possa essere un'infermità mentale non vera e propria. O l'infermità c'è, parziale o totale, o non c'è, non vi può essere sul piano logico una infermità mentale che è tale e nel contempo può non essere tale, una infermità mentale vera e propria ed una infermità mentale non vera e propria. Il *vera e propria* verosimilmente si associa e si allaccia in qualche modo inconscio al concetto di infermità che si verifica nel *momento in cui* già a partire dall'art. 85, concetto che in qualche modo può essere stato presente anche al commentatore che ha prodotto poi la delucidazione andando fuori tema e cercando di rimediare alla presenza di contraddittorietà e anche di confusione conseguente alla presenza del *momento in cui*.

Ma le cose sconcertanti non sono finite. Nelle spiegazioni si parla anche del fatto che l'articolo avrebbe l'esigenza di stimolare le persone a posto a restare tali, come dice il commentatore cercando di salvare l'articolo che tuttavia a mio giudizio resta così come esprime il suo testo. È difficile per un cittadino di una democrazia, anche debole come quella italiana, accettare che un codice penale voglia stimolare attraverso i suoi articoli di legge le persone sane di mente a non perdere il controllo. Ci vuole altro che una predica paternalistica a buon mercato e assurdamente contenuta in modo implicito in un articolo di codice penale per non perdere il controllo delle emozioni ed in aggiunta non sta nelle competenze del codice penale fare l'educatore. Il codice penale non è un libro di insegnamento e non può essere considerato un libro per l'edificazione dei cittadini. Che l'art. 90 voglia stimolare qualcuno, addirittura i soggetti sani di mente a restare tali e a fare i bravi sviluppando o usando o mantenendo la loro forza di volontà come dominio degli stati emotivi, è sorprendente e non basta in ogni caso a sanare le incongruenze che affliggono nel loro insieme gli articoli citati e questo in particolare che tratta della capacità di volere come forza di volontà per controllare l'emotività. .

Se l'assassino poi confessa o viene provato comunque che egli è l'autore dell'omicidio – non si parla qui dei delitti preterintenzionali e colposi o altro di simile, ma di quelli agiti con lo scopo di uccidere –, egli spesso dice di non aver voluto uccidere. Questa frase piuttosto assurda è resa possibile dalla formulazione dell'art. 85. La frase è assurda in quanto se un uomo ad esempio taglia la gola alla sua fidanzata, è chiaro che ha voluto ucciderla usando il mezzo più facile possibile, il taglio della carotide grazie al quale non c'è più niente da fare e la vittima muore dissanguata in un minuto, massimo due o poco più. Le sue azioni spietatamente e freddamente coerenti allo scopo da ottenere, ossia la morte rapida, mostrano come egli abbia voluto e fosse in grado di volere, in caso contrario non avrebbe potuto agire. L'assassino può dire che ha non sapeva quello che faceva, mentre l'azione coerente dimostra che sapeva quello che faceva senza possibilità di appello di nessun genere. Questa assurda e inaccettabile scappatoia per l'assassino è consentita dalla presenza dell'art. 85 che relativizza la capacità di volere al *momento in cui* e mette in relazione tale capacità

di volere con il tipo di azione, come se il delitto dimostrasse di per sé che il suo attore non sia capace di intendere e di volere in quel momento altrimenti non avrebbe ucciso, concetti questi insufficienti da ogni punto di vista, logico, psicologico, legale.

Ma vorrei portare un esempio tra i tanti possibili incentrato sulla capacità di volere nel *momento in cui* si compie il delitto e su come essa possa essere trattata sul piano logico, psicologico e penale in ambito forense. A proposito del concetto relativo ad una infermità mentale che si verifichi nel *momento in cui* si compie il delitto o di una infermità mentale *vera e propria* che implica che vi sia una infermità mentale anche non vera e propria, si veda il giudizio errato relativamente ad Angelo Izzo, considerato recuperato a tutti gli effetti e non più pericoloso sia da psicologi, psichiatri, neurologi che da giudici e quindi capace di volere, ossia capace di dominare i suoi impulsi omicidi da persona ormai sana di mente. Ad Izzo grazie a queste diagnosi fu data la possibilità di lavorare fuori dal carcere durante la detenzione. Angelo Izzo continuò ad uccidere, dimostrando di non essersi recuperato al di là di qualche falso discorso da brava persona facilmente producibile come le promesse che ognuno fa di cambiare senza poi poterle mantenere, in quanto gli abiti mentali per essere cambiati hanno bisogno di un lavoro logico e psicologico molto assiduo e mirato a produrre nuovi abiti mentali che possano contrapporsi a quelli già esistenti i quali non vengono comunque mai cancellati e sono sempre pronti a riattivarsi qualora i nuovi percorsi cerebrali addestrati cedano per qualche motivo. Per altro, come Massimo Lattanzi mette in chiara evidenza, i rei, in particolare gli *stalkers*, possono essere ottimi manipolatori degli altri, attività in cui sono spesso esperti in quanto essa serve loro per predisporre la trappola per le loro vittime. In ogni caso tali abiti non possono essere sostituiti o neutralizzati con la semplice comprensione del fatto che siano negativi, ciò che senz'altro il reo sa alla perfezione, anche se non si cura del male che procura agli altri, anzi, visto che spesso lo procura con piacere. Chiunque per altro può essere in grado di intendere e credere anche in buona fede di essere migliorato, salvo poi a ritrovarsi con lo stesso cervello di prima organizzato nello stesso modo e quindi con le medesime reazioni riprovevoli a disposizione le quali si credevano superate dall'avvenuta comprensione. La perizia del grafologo aveva dato come esito che Izzo fosse ancora pericoloso né più e né meno come prima, ma non venne tenuta in considerazione essendo l'unica diagnosi in tal senso. Non è certamente un errore o non sono più errori ciò che può far crollare l'articolo 90 del c.p., ma vista comunque la vaghezza dell'art. 85 e seguenti, nonché la contraddittorietà dell'art. 90 rispetto a quelli, occorre riconoscere che c'è senz'altro qualcosa che non va in tutto ciò, sulla base dei fatti e delle parole che dovrebbero corrispondervi come segni e punti di riferimento. La scelta della criminalità, da giudicarsi non buona moralmente, è in linea di principio e con eccezioni che confermano la regola una tra le tante scelte a disposizione dell'individuo, per il quale c'è quasi sempre almeno un'altra scelta diversa da

poter prendere accanto all'altra – i casi di costrizione a delinquere non vengono qui presi in considerazione. Gli assassini sono certamente persone violente, ma ciò non toglie che siano capaci di volere, come i fatti dimostrano. Basterebbe, in attesa di tempi migliori nel senso di tempi più scientifici degli attuali, partire dalla valutazione del tasso di logica posseduto nell'organizzazione delle azioni criminose e, in aggiunta, nell'organizzazione della vita comune, e non considerare per nulla se le idee a monte delle azioni criminose siano intelligenti o meno intelligenti, deliranti o meno. Se l'assassino ha un sufficiente tasso di coerenza e di logica nell'organizzare l'azione criminosa anche di impulso e la sua esistenza con le azioni concrete che ad essa confanno, allora è inevitabilmente imputabile in quanto capace di volere. Certo, questa soluzione può sembrare molto semplice, ma non perché è semplice deve essere per forza non consona, magari addirittura errata e per altro in attesa di conoscenze migliori, più affidabili in fatto di comprensione di che cosa sia la capacità di volere, occorrerebbe attenersi a quanto testé proposto. In aggiunta, non sempre la complicatezza è segno di maggiore precisione, anzi, proprio la presenza di complicazioni inutili o non consone nei ragionamenti dimostra l'insufficienza dei ragionamenti stessi e spesso distingue anche il modo di ragionare dei paranoici, che appunto spesso creano difficoltà e complicazioni là dove non ce ne sono affatto e dove caso mai essi dovrebbero risolvere quelle che ci sono realmente, come accade qualche volta di constatare negli uffici di vario tipo. Freud ha posto le basi per le migliori indagini psicologiche ed anche per le più grandi difficoltà nell'ottenere una diagnosi di infermità mentale – l'ambito psicologico è quanto mai complesso ed intricato a percorrersi e a strutturarsi –, ma ha posto poi l'esame di realtà come discriminante tra la nevrosi e la psicosi, tra la salute mentale e la malattia mentale. Credo che in questo fosse nel giusto. Occorre accettare il dato di fatto che anche il crimine come scelta esistenziale e come concreta possibilità di scarica di tutte le frustrazioni può essere tra gli scopi delle persone senza che queste debbano essere incapaci di intendere, folli, solo perché in possesso di modi di vedere il mondo diversi da quanto dà la norma sociale e socialmente riprovevoli. Occorre rendersi conto, forse con un po' di coraggio, che la salute mentale non può essere messa in relazione al giudizio sulle azioni buone o cattive, per dire così. La salute mentale non ha a che vedere con la morale nel tempo e nello spazio. La salute mentale ha a che fare con il possesso di un sufficiente tasso di logica relativamente alle richieste ordinarie del vivere nel tempo e nello spazio. Forse i quadri e i membri in generale del governo nazista erano incapaci di volere e magari di intendere? Assolutamente no, come anche i loro discorsi e le loro testimonianze nei processi del dopoguerra hanno ampiamente dimostrato di fronte a tutto il mondo. Si trattava di persone in grado di intendere e, in quanto tedeschi, fortissimamente in grado di volere, non solo, ben consci degli scopi di distruzione che volevano raggiungere, consci del male che stavano facendo anche nel momento in cui lo stavano facendo vista la perfezione organizzativa con

cui lo facevano e che non ha risentito del momento in cui si verificava l'azione delittuosa – vedi come esempio emblematico il dr. Mengele –, pure con tutto ciò si sono macchiate di crimini contro l'umanità fino al genocidio degli ebrei, allo sterminio dei dissidenti, ideando strumenti di sterminio con un tasso enorme di organizzazione sul piano logico e funzionale e con freddezza totale di calcolo. Forse Tomás de Torquemada, il Grande Inquisitore che fece torturare dirigendo egli stesso le torture e uccidere una massa di persone, era incapace di intendere e di volere? Certamente no, era solo un assassino incaricato dalla Santa Inquisizione di sterminare gli eretici, ebrei compresi, ciò che ha realizzato mostrando ferrea logica, ferrea volontà e freddezza di calcolo. Certo si è trattato di persone dai propositi non moralmente positivi, aberranti, senz'altro persone disturbate variamente e anche gravemente, ma non al punto di perdere la capacità di intendere e di volere come i fatti hanno dimostrato, dimostrando anche che delitti e atrocità possono coesistere con la capacità di intendere. Alla luce dei fatti non si può sovrapporre il piano morale al piano intellettuale in quanto non sono la stessa cosa ed una cosa è la bontà o la cattiveria, altra è l'intelligenza. Bisogna accettare il dato di fatto che esistono anche i cosiddetti cattivi e che essi, finché riescono ad essere coerenti con gli scopi che vogliono raggiungere, ossia non mostrano disturbi cognitivi, demenza o altro di simile riferibile ad una condizione medica generale (DSM-IV-TR2007: 201), sono in grado di intendere e di volere come tutti gli altri che sono per così dire buoni, sono quindi imputabili in pieno. Se un assassino invece di uccidere la sua vittima si mettesse, pensando di ucciderla, ad uccidere se stesso, ecco, ciò dimostrerebbe che non è in possesso di un sufficiente tasso di logica per essere imputabile, ossia che ha disturbi gravi a livello cognitivo. Se uccidesse la sua vittima in mezzo ad una strada trafficata pensando di agire nascostamente, ecco, ciò dimostrerebbe di nuovo che non è in possesso di un sufficiente tasso di logica per essere imputabile, ossia che ha disturbi gravi a livello cognitivo. Ma se uccidesse la sua vittima pensando di ucciderla e lo facesse di nascosto per non essere catturato o di fronte a tutti per dimostrazione di qualcosa di particolare, allora sarebbe pienamente in grado di intendere e controllerebbe anche i suoi impulsi fino ad organizzare coerentemente la sua azione omicida dimostrando con ciò di possedere sufficiente capacità di volere. L'organizzazione del delitto può anche avere la forma dello scatenamento della più feroce violenza e permanere comunque entro il regno della logica, perché anche lo scatenamento della violenza segue delle regole: scatenandosi, l'assassino non prende la vittima per se stesso e non la accarezza pensando di bastonarla. Gli assassini, meglio di chiunque altro, sanno che cosa significhi uccidere, tanto è vero che contravvengono alle leggi pur di realizzare la loro cattiva intenzione, quella di eliminare la persona odiata con la massima rabbia possibile. Il momento dell'uccisione è anzi talora un momento di grande gloria e autorealizzazione all'interno della *Weltanschauung* degli assassini, un momento in cui l'hanno fatta pagare a chi non si è sottomesso ai loro voleri, un momento di grande

scarica, in cui esercitano un grande potere e sperimentano il più grande eros ad esso collegato, il massimo potere possibile, di vita e di morte. Il fatto che una persona normale non sia attratta da questo tipo di eros e di potere, non significa che non vi possano essere altri che ne siano attratti e che, se vi siano, debbano essere considerati per questo folli, incapaci e così via, sono soltanto persone che contravvengono ai dettami della convivenza civile per via del possesso di maggiore violenza e prepotenza, spesso di incapacità di affrontare la propria pochezza volendo invece essere grandi, ma non per questo incapaci di intendere e di volere. In aggiunta, alterazioni del funzionamento cerebrale tipico della norma si accompagnano quasi sempre al compimento di azioni fuori dalla norma in quanto necessarie al loro compimento senza che ciò ottunda la loro capacità di intendere e di volere, addirittura le persone considerate intelligenti ed anche superintelligenti sono in genere disturbate e persino non poco, sono possibili narcisisti e simili, ma certo non manca loro per questo la capacità di intendere e di volere.

Si dice anche che nei criminali le idee di violenza spesso si fissano nel cervello inficiando il suo funzionamento regolare, l'esercizio della forza di volontà. Anche questo non è vero sulla base dei fatti. Quando si studia per affrontare un esame difficile, la mente più o meno si fissa sulla prova da affrontare che diventa l'idea dominante che lo si voglia o meno e quanto più si fissa ed è dominante, tanto è in genere meglio per lo studio, in quanto ciò favorisce la concentrazione mirata allo scopo, senza che qualcuno corra per questo il rischio dell'infermità mentale, della capacità di volere. In altri termini: si può essere sani di mente anche se si hanno delle idee dominanti e per altro per raggiungere alti scopi occorre avere delle idee dominanti altrimenti verrebbe meno proprio la forza di volontà. Se chi ha l'idea dominante, per fare un esempio emblematico del comportamento, non mette la polenta calda nel cassetto della biancheria pensando che sia lì il suo posto, non c'è nessuna infermità mentale. Anche le motivazioni, per deliranti che possano essere, non compromettono la capacità di intendere e di volere, solo l'intelligenza in questi casi viene posta al servizio di azioni fuori dalla norma, criminose, questo dovrebbe essere tutto in quanto è attualmente tutto ciò di cui si deve tenere conto. Molti idealisti hanno come motivazione idee deliranti e tutti i religiosi credono di essere figli di una l'altra divinità, idea per eccellenza delirante, Cristo stesso credeva di essere l'inviato del dio degli ebrei, senza che la maggioranza degli umani consideri queste persone come incapaci di intendere e di volere, questo in quanto in possesso di un tasso di logica sufficiente per poter essere considerati nella norma della capacità di intendere e di volere, addirittura anche con la presenza di qualche allucinazione.

Capitolo 4

Sul reato di violenza sessuale (artt. 609bis, 612bis)

Agostino Torracco (2010) giustamente afferma che in ambito di violenza a sfondo sessuale “si è giunti ad una normativa molto più aderente al dettato costituzionale di quanto non fosse quella prevista dal codice Rocco del 1931: si è infatti costruito un impianto normativo che pone quale oggetto dei reati sessuali la persona umana e non, come in precedenza, la moralità pubblica ed il buon costume” (2010: 31). Senz’altro è già qualcosa che il delitto a sfondo sessuale sia ormai un delitto contro la persona e non più contro la morale pubblica o la dignità della persona – l’unica dignità per altro compromessa nel reato di violenza sessuale è quella del violentatore. Dichiarare con il codice penale Rocco che lo stupro ledesse la dignità della persona offesa e della sua famiglia o addirittura la morale pubblica, significava porre – come di fatto ha posto – le basi se non di una colpevolizzazione della vittima, senz’altro di una compartecipazione alla colpa ed i processi si imperniavano, e ancora si imperniano talora malgrado le leggi, sul tentativo di fare emergere una qualche colpa di partecipazione della vittima dell’aggressione al fatto. Anche se la vittima di un delitto sessuale avesse, per assurdo, un orgasmo su stimolazione del sesso da parte del violentatore, questo non significherebbe una sua partecipazione volontaria: come esempio analogico, la stimolazione dell’udito attraverso le onde sonore avviene anche senza la volontà di chi ode, bensì solo per conformazione e scopo dell’organo stesso.

I progressi in cui si situa l’articolo 609bis risultano tuttavia all’analisi molto più sedicenti che reali. È vero che le cose sono un po’ cambiate, ma di fatto lo stupro e qualsiasi altra violenza a sfondo sessuale sono ancora considerati non come aggressioni contro la persona – che in quanto tale è in primo luogo se non esclusivamente persona fisica –, come viene dichiarato nel Titolo XII, bensì come delitti *contro la libertà* della persona costretta dal violentatore come viene poi dichiarato nella Sezione II interna a tale Titolo. Così rientra dalla finestra quanto era stato fatto uscire dalla porta. In altri termini, in questi delitti a sfondo sessuale vi è ancora un cuscinetto protettivo per l’aggressore e di minore tutela dell’agredito: il concetto di libertà della vittima rispetto alla scelta sessuale, grazie al quale durante l’aggressione viene meno la libertà di scelta da parte della vittima relativamente al partner, questo pare essere tutto. Ecco parte del testo dell’articolo 609bis:

“Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da cinque a dieci anni.”

Nelle delucidazioni si legge:

“**Oggetto giuridico** [neretto nell’originale] è la libertà sessuale come diritto di disporre liberamente della propria persona sotto il profilo sessuale.”

Si tratta certo di un reato, ma non così grave come quello di una aggressione fisica: se l’aggressore ferisce l’agredito al volto che è per così dire di proprietà dell’agredito, non lede la sua libertà in primo piano, ma il suo corpo, il volto. Certo, anche la libertà può più o meno essere lesa, ma, ripeto, nel delitto di violenza sessuale non in primo piano, in primo piano ci deve stare la lesione fisica o

psichica secondo i casi. L'aggressione nel caso della violenza a sfondo sessuale comporta, oltre al trauma psicologico, un tipo di violenza fisica fatta, come minimo, di ferimenti più o meno gravi con l'aggravante dell'ambito sessuale, nel quale spesso, anche se non sempre, si verifica l'invasione del corpo della vittima con un'arma impropria, ossia il pene maschile, il quale usato con violenza può fare danno come un'arma producendo lacerazioni varie e può per altro contagiare direttamente il corpo della persona aggredita con malattie gravissime, con germi in ogni caso ed anche con gravidanze indesiderate in caso la persona violentata sia una donna, ciò con tutte le conseguenze del caso per la donna stessa, per le sue decisioni in merito alla eventuale interruzione di gravidanza, con i rischi connessi all'aborto. Si tratta per altro di un'aggressione quasi sempre agita da una persona fisicamente tanto tanto più forte della vittima, un maschio intenzionato a nuocere, contro il quale la vittima, in genere un bambino o una donna o un anziano, nulla può se non subire l'aggressione nella speranza di non venire uccisa a cose fatte, come non di rado accade.

In questo modo, ossia con questo articolo di legge 609bis, l'aggressore non è equiparato ad un delinquente vero e proprio quale è. Il violentatore agisce sì nell'ambito dei reati di violenza a sfondo sessuale, ma non in primis di una violenza fisica, bensì di una violenza che come impatto giuridico ha a che fare con la libera volontà di autodeterminazione della vittima rispetto alla scelta sessuale, autodeterminazione che, così com'è presentata nell'articolo di legge, è di tipo generale, categorico e non particolare. Sembra quasi che vi sia in essa l'eco dell'opinione trascorsa da non molto secondo la quale la donna violentata non poteva più avere una vita normale sessualmente e affettivamente in quanto segnata a dito e colpevolizzata, comunque difficilmente accettata da un eventuale compagno, marito. Le cose non stanno più proprio così oggi, l'autodeterminazione può comunque verificarsi essendo mutato il contesto sociale quanto a usi e costumi di vita, a modi di pensare. Se togliamo tuttavia il concetto dell'autodeterminazione che francamente pare poco interessante sul piano logico e dei fatti, non resta nulla del reato sessuale che l'articolo vorrebbe sanzionare. Da ciò risulta chiaramente come tale reato non sia considerato in realtà come delitto contro la persona, ma solo contro una sua libertà di scelta sessuale. Anche nel codice penale tedesco, ad esempio, che per altro pare aver funto da modello a quello italiano che sembra essere un suo rifacimento con meno precisazioni riguardo la imputabilità, si va abbastanza *soft* con il reato di violenza sessuale che riguarda appunto anche lì la *Selbstbestimmung*, l'autodeterminazione. Come mai tutti questi cuscinetti a vantaggio dell'aggressore? Come ho già accennato precedentemente e ritengo oggettivamente constatabile anche se certo non l'unico fattore: coloro che fanno le leggi, non solo in Italia, ma in tutto il mondo, sono quasi esclusivamente maschi, coloro che le fanno osservare sono quasi esclusivamente maschi, coloro che aggrediscono sono quasi esclusivamente maschi, i più forti fisicamente, quelli con particolari caratteristiche di personalità. Non è difficile

vedere come i maschi, anche involontariamente e per abitudine al dominio incontrastato della società umana di cui sono stati e sono tuttora portatori in prima persona, siano indotti, come è di tutta norma per altro nei comportamenti umani di chiunque, a tutelarsi, a mantenere per così dire i propri privilegi di cui hanno goduto sempre più o meno indisturbatamente, dai tempi del branco ai giorni nostri, privilegi che oggi danno lieve e più o meno impercettibile segno di qualche barcollamento. Lo si può constatare anche e soprattutto nei casi dello *stalker*, termine della lingua inglese in uso nella caccia e che qualifica colui che fa nascostamente la posta e l'agguato alla sua preda e che si può riferire, a mio giudizio, ad un'area pure sessuale in quanto in genere agito da un maschio abbandonato dalla sua compagna o moglie con la quale aveva un rapporto sessuale con il quale dominava o pensava di dominare e che non vuole perdere – ci sarebbe molto da dire su ciò che lo *stalker* non vuole perdere, ma questo non riguarda direttamente il tema della presente tesina. In ogni caso lo *stalker* perseguita la sua preda, in genere una donna che lo ha abbandonato, sia sul piano psicologico, sia prima o poi su quello fisico, in un crescendo di violenza psicofisica contro cui nulla può la vittima se non attendere di essere eventualmente uccisa. Gli psicologi approfondiscono molto l'indagine della personalità dello *stalker*, così che si conoscono sempre più particolari e sempre più scientificamente, distinguendo ad esempio il Colpo da Abbandono Improvviso, la Sindrome da Eclissamento Inatteso (Lattanzi 2010: 50-51). Vorrei sottolineare in aggiunta che lo *stalker* viene abbandonato dalla compagna non improvvisamente quasi ricevesse un torto che gli facesse mancare la terra sotto i piedi, ma viene abbandonato perché ha già dimostrato di essere violento e pericoloso, come bene evidenzia Maria Simone nei fatti predittivi dello stalking (Simone 2010: 856 e segg.). Ma la cosa interessante, quella che taglia la testa al toro relativamente all'identificazione del cuscinetto per lo *stalker*, è che la vittima deve dimostrare che le minacce e gli agguati si siano ripetuti un lungo e congruo numero di volte, non siano occasionali e deve anche dimostrare di aver subito gravi disagi psichici a causa dello *stalking* – ma ci saranno le perizie della controparte e fare del loro meglio per rendere vana la perizia dei periti della vittima visto che le perizie si svolgono nell'ambito della soggettività –, tra cui grave e perdurante stato d'ansia e di paura, come recita la parte iniziale dell'articolo 612bis:

“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.”

In altri termini: c'è una legge cui l'Italia è arrivata come fanalino di coda rispetto all'Europa, segno già di per sé sospetto ed anche inquietante, e c'è subito il cuscinetto morbido per l'aggressore, oltre al cuscinetto rappresentato dall'art. 609bis che prevede la distinzione fra reati gravi e meno gravi, con cui si può ridurre la pena addirittura di due terzi – tra i reati gravi c'è quello della reiterazione del reato, ciò che implica che un solo reato di stupro sia meno grave e possa, a seconda di come si

svolge il processo, venire considerato cosa minore. Certo gli articoli successivi al 609bis, tipo il 609ter, prevedono non solo attenuanti ma anche aggravanti, con le quali concordo tranne che, in parte, per l'aggravante dell'età che non coincide propriamente con l'ingresso della maggiore età, ma all'interno della quale si attua la distinzione dei quattordici anni, ciò che restringe per il possibile l'area di imputabilità del violentatore. Tornando al grave disagio psichico perdurante che la vittima dello *stalker* deve dimostrare ovviamente con perizie contro perizie, esso non si manifesta all'improvviso, ma si instaura gradualmente in crescendo e la vittima deve aspettare di essere rovinata per denunciare lo *stalker* avendo qualche possibilità di poterlo fermare. Ma prima di un eventuale arresto c'è l'ammonizione del Questore, un po' come il buon padre di famiglia verso il figlio un po' discolo, dopo di ciò ci possono essere denari da pagare, l'arresto arriva quando la vittima o è già uccisa o ricoverata in ospedale, comunque in cattivo stato e rovinata nella salute psicofisica con conseguenze a livello di personalità e cardiologico, ossia sul piano fisico oltre che sul piano psicologico. Tuttavia lo *stalker* non è un figliolo discolo, è un soggetto socialmente pericoloso, un potenziale assassino, cui la predica del Questore o di chiunque altro non può fare alcun effetto, come i fatti dimostrano, fatti che non si possono trascurare, ma che anzi sono una base concreta ed oggettiva di cui tenere conto, direi: mai dimenticare i fatti per astratte elaborazioni che ad essi non si riferiscano puntualmente, si rischia altrimenti di perdere la strada. Comunque lo *stalker* è finalmente messo in impotenza rispetto a delinquere contro una vittima indifesa? No, perché interviene l'altro cuscinetto a prova di bomba, mi permetterei di dire, dovuto al concetto della infermità o seminfermità mentale del *momento in cui*, per intenderci, che può attutire di molto il colpo per l'aggressore, mentre nulla fa di vantaggioso per la vittima. Ritengo che il punto chiave di qualsiasi discorso psicologico e forense, la capacità di intendere e di volere, vada assolutamente chiarito in modo coerente, in caso contrario si ha la confusione da cui traggono vantaggio non le vittime, bensì i delinquenti che la fanno più o meno franca nel senso che vedono diminuita la loro pena o addirittura vengono lasciati liberi o stanno nell'ospedale psichiatrico dove, per altro, non vengono recuperati in misura sufficiente per non essere più di danno alla società degli onesti. Se un aggressore vede microfoni nelle luci dei lampadari o poliziotti sempre nelle luci dei lampadari che probabilmente scambia per occhi, come mi è capitato di sentire personalmente, allora, se è sincero in questa sua affermazione, ha una ridotta capacità di intendere, una seminfermità mentale o totale infermità se si aggiungono anche altre caratteristiche della fattispecie. Usando la discriminante offerta da una sufficiente coerenza per essere nella norma ad esempio il non mettere la polenta calda nei cassetti della biancheria –, gli equivoci nello stabilire la capacità/incapacità non scompaiono certamente, ma si riducono di molto. Invece, con metodi di indagine a base troppo soggettiva e discrezionale, i quali tralasciano i fatti per dare il massimo spazio ad una soggettiva

impressione degli eventi che è diversa secondo chi indaga anche se si tratta di esperti, lo *stalker* potenziale o concreto assassino o persecutore implacabile socialmente pericoloso capace di rovinare la vita dei malcapitati, anzi, delle malcapitate, esce ben presto dal carcere o dall'ospedale psichiatrico in quanto viene considerato risanato e non più pericoloso a detta di diagnosi periziali che hanno il diritto di essere soggettive, non verificabili, discrezionali in massimo grado. Si tratta di articoli di legge che al mio giudizio appaiono troppo di parte, talora crassamente, talora sottilmente, tuttavia di parte, a favore di chi delinque e a sfavore delle vittime, spesso a favore di maschi visto che sono essi a delinquere in massima percentuale e a sfavore delle donne che sono in massima percentuale, almeno per l'80%, vittime preferenziali della violenza maschile. Sono articoli grazie alla cui analisi emerge come non tutti i cittadini siano uguali dinnanzi alla legge italiana né abbiano pari diritti tranne che in apparenza, in superficie, articoli con i quali non si fa Giustizia per le persone più deboli della società, innanzitutto donne. Ritengo che l'art. 612bis, debba essere modificato nel senso che non debba più e mai più essere necessario che la vittima dimostri di avere subito il grave disagio psichico che si instaura dopo un lungo periodo di vessazioni perché il suo persecutore possa essere punito in qualche modo e messo in condizione di non nuocere più, ma che debba bastare che essa dimostri con la produzione di prove oggettive l'intimidazione ripetuta poche volte perché lo *stalker* sia riconosciuto come persona socialmente pericolosa, così da evitare che le minacce di morte e le persecuzioni nonché le violenze fisiche danneggino gravemente la vittima e si realizzino pienamente senza che nessuno faccia qualcosa di reale contro il potenziale omicida. Credo che l'O.N.S – Osservatorio Nazionale Stalking fondato a Roma nel gennaio del 2002 da Massimo Lattanzi con la sua équipe di esperti in seno all'AIPC, Associazione Italiana di Psicologia e Criminologia – possa fare davvero molto e che abbia per altro già fatto molto: quando ancora non vi era la legge anti stalking, l'O.N.S. già trattava le delle vittime nonché aiuti per le vittime sul campo con il Centro di Ascolto e Consulenza in ambito psicosociale e legale sempre fondato da Massimo Lattanzi. Si tratta appunto del comportamento di un potenziale assassino, per cui occorre che vengano prese misure per difendere le potenziali e concrete vittime. Certo, precedentemente all'entrata in vigore della legge sullo *stalking* nel 2009, tale reato veniva considerato addirittura una contravvenzione all'ordine pubblico, senza vittime in sostanza – come già il reato di violenza sessuale era considerato un reato contro la morale pubblica, senza vittime in sostanza –, ora è considerato un delitto di persecuzione, ma come ho cercato di mostrare intervengono vecchi e nuovi cuscinetti che servono a mantenere lo *status quo* a favore dell'aggressore e a sfavore delle sue vittime. Il termine persecuzione mi appare come troppo debole, si tratta, ripeto, di un potenziale e spesso concreto omicida. Quanto agli aggressori, essi non devono certo essere abbandonati in balia della propria visione del mondo pericolosa sia per se stessi che per il prossimo, ma hanno il dovere

ed il diritto di essere sottoposti a trattamenti rieducativi seri in ambito logico e psicologico, accompagnati possibilmente anche da paralleli interventi seri di rieducazione alla scrittura, il tutto a spese degli aggressori con agevolazioni o, qualora l'aggressore non abbia di che vivere, delle varie Istituzioni.

Conclusioni

A conclusione della presente tesina sul concetto di capacità/incapacità di intendere e di volere (artt. 85, 88, 89, 90 del c.p. italiano, Libro I – *Dei reati in generale*, Titolo IV – *Del reo e della persona offesa dal reato*, Capo I – *Della imputabilità*) riferito alla violenza sessuale (art. 609bis, 612bis, Libro II – *Dei delitti in particolare*, Titolo XII *Dei delitti contro la persona*, Sezione II – *Dei delitti contro la libertà personale*) si può dire che gli articoli di legge che trattano l'imputabilità degli aggressori si rivelino all'analisi *soft* verso gli aggressori. A loro salvezza dal carcere e dalla condanna piena e tutta da scontare sta proprio la poca chiarezza generale e la contraddittorietà che affligge gli articoli che riguardano direttamente la capacità/incapacità di intendere e di volere (85, 88, 89, 90), l'articolo che riguarda direttamente la violenza a sfondo sessuale (609bis, c.p.), l'articolo che riguarda lo *stalking* (612bis, c.p.). L'art. 85 del codice penale con la presenza della relativizzazione della capacità/incapacità di intendere e di volere al *momento in cui* avviene l'azione, relativizzazione ribadita negli articoli 88, 89 e 90, nonché le spiegazioni che evidenziano ed aumentano la scarsa chiarezza e la contraddittorietà dei testi, risultano all'analisi della loro formulazione linguistico-concettuale risentire entrambi un alleggerimento per il possibile del carico della responsabilità degli aggressori: quando si vuole far quadrare il cerchio, ci si può solo arrampicare sugli specchi ed il linguaggio rivela sempre i significati reali che formano la base inconscia o non esplicitata dei discorsi, le contraddizioni tra quanto si mostra in superficie e quanto sta in una malcelata profondità. Non è il caso di lasciare in mano ad impressioni soggettive anche se di esperti l'identificazione della soglia per la capacità/incapacità visto che sono disponibili mezzi oggettivi di identificazione oltre la condizione medica generale: la capacità di vivere secondo le leggi generali di una o l'altra società. Certo, gli aggressori sono tutte persone che soffrono di uno o più disturbi mentali, ma i disturbi mentali non hanno di per sé la facoltà di togliere totalmente o parzialmente la capacità di intendere e di volere, bensì mostrano un grado che va dal leggero al grave, grado evidenziato anche dai termini tecnici che qualificano il disturbo stesso in ambito psichiatrico. Si tratta di grado del disturbo dunque: quando il disturbo raggiunge il livello o si accoppia al livello in cui la coerente organizzazione del vivere viene meno e si configura in azioni gravemente incoerenti che sono diverse da quelle rese possibili da un basso tasso di intelligenza – vedi polenta calda nei cassetti della biancheria –, allora si è nell'area della incapacità, in caso

contrario si ha la capacità. Questa è la mia opinione di insegnante e di pedagogo che ha creduto sulla base dei fatti di aver imparato a distinguere la scarsa intelligenza dal disturbo mentale e dalla incapacità di intendere e di volere. È anche il mio giudizio di grafologa che ha analizzato tante grafie di persone normali, scarsamente intelligenti, intelligenti più della norma, disturbate e non, capaci di intendere e non.

Pertanto l'infermità mentale deve cessare di essere ristretta al *momento in cui* avviene l'azione criminosa in quanto, sempre e con poche eccezioni, in caso di azioni estreme di qualsiasi tipo avvengono alterazioni cerebrali necessarie a rendere possibile appunto il compimento dell'azione estrema, alterazioni che possono essere di volta in volta considerate come capaci di ottundere la capacità in questione. Per questo motivo tra gli altri citati nel corso della tesina risulta problematico parlare di perdita momentanea della capacità di intendere o di volere o di entrambe. La capacità di intendere e di volere non si perde poco prima e nel momento dell'azione criminosa per riprenderla subito dopo a seconda delle diagnosi. L'infermità mentale deve essere accertabile con la valutazione dei comportamenti del normale vivere quotidiano, della loro sufficiente coerenza o meno. Sono auspicabili leggi più fondate nei fatti, meno sibilline, meno contraddittorie, che mettano i cittadini su di un piano di uguaglianza davanti alla Giustizia. In ogni caso, Qualche ritocco migliorativo in tal senso agli articoli 85, 88, 89, 90, 609bis, 612bis brevemente analizzati in questa tesina da un punto di vista linguistico-concettuale sarebbe auspicabile per una maggiore giustizia sociale.

Infine, occorre ancora e sempre ricordare che lo Stato democratico esiste innanzitutto per garantire la convivenza civile dei cittadini, per difendere i più onesti e meno violenti dai disonesti e più violenti, per cui tale difesa deve essere resa possibile da leggi che le corrispondano, da leggi che non mettano gli onesti e i non violenti alla mercé dei disonesti e dei violenti.

Bibliografia

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (a cura di)
2007 *DSM-IV-TR*. Milano: Elsevier Masson: ed. it. a cura di Andreoli/Cassano/Rossi.
- CAPPELLA, T. (dir.)
2007 *CriminalMente. Periodico d'informazione di Psicologia e Criminologia*. Roma: AIPC Editore: A. IV, N. 2, Aprile-Dicembre 2007: Direttore Editoriale Lattanzi, M.
- LACKER/KÜHL (a cura di)
2011 *Strafgesetzbuch – Kommentar*. München: Verlag C.H.Beck: 27. Auflage.
- LATTANZI, M. (a cura di)
2010 *Violenza e stalking*. Roma: AIPC Editore.
- PETRUCCI, R./PEZZANO, R. (a cura di)
2009 *Codice Penale – Esplicato minor* con commento essenziale ai principali articoli e schemi a lettura guidata. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri-Simone: Edizioni Giuridiche Simone.

LATTANZI/CURSARO/GUIDARELLI/CALZONE

2010 *Interdisciplinare di scienze della prevenzione, criminologiche e forensi*. Corso su supporto magnetico in 6 DVD.

Roma: AIPC