



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
9/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



9/2019

IMPUTABILITÀ E NEUROSCIENZE: BREVI CONSIDERAZIONI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA LUDOPATIA

di Mattia Di Florio

Abstract. *L'autore si sofferma sulla problematica dell'imputabilità che da subito ha rappresentato un terreno "fertile" per l'interazione tra il diritto penale e le neuroscienze cognitive. In particolare, sperimenta il possibile rilievo delle neuroscienze in tema di ludopatia. Nel testo si dà atto della prudenza giurisprudenziale, a fronte di una possibile maggiore apertura nei confronti dei nuovi saperi, che sembrano rafforzare – e non negare – l'insegnamento delle SS. UU. "Raso".*

SOMMARIO: 1. Premessa: cenni sull'imputabilità. – 2. Uno sguardo alle neuroscienze cognitive. – 3. La (famosa) sentenza "Raso". – 4. La ludopatia: profili "neuroscientifici". – 5. (segue)...e normativi. – 6. L'impatto delle neuroscienze sull'imputabilità. – 7. Il rilievo delle neuroscienze nel caso della ludopatia: le considerazioni della dottrina. – 8. L'orientamento della più recente giurisprudenza. 9. Conclusioni in chiave critica sull'approccio "casistico" della giurisprudenza.

1. Premessa: cenni sull'imputabilità.

Nel vecchio Codice Zanardelli del 1889 compariva per la prima volta il concetto omnicomprensivo di stato di infermità di mente per cui non era punibile colui che, nel momento in cui avesse commesso il fatto, era in tale stato di infermità mentale da togliergli la coscienza o la libertà dei propri atti (art. 46)¹.

In seguito, durante i lavori preparatori al Codice Rocco, i redattori del Progetto evidenziarono come la capacità intellettuale e la capacità volitiva fossero il fondamento dell'imputabilità².

In mancanza di una definizione codicistica di imputabilità (*ex art. 85 c.p.*), è orientamento diffuso nella manualistica che "la capacità di intendere" possa essere definita come "l'attitudine ad orientarsi nel mondo esterno, secondo una percezione non

¹ S. ALEO, S. DI NUOVO, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano, 2011, p. 74-75.

² ID., *op. cit.*, 77.

distorta della realtà, e quindi come la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di valutarne le possibili ripercussioni positive o negative sui terzi". La capacità di volere, invece, consiste "nel potere di controllare gli impulsi ad agire e di determinarsi secondo il motivo che appare più ragionevole o preferibile in base ad una concezione di valore"³.

Gli artt. 88-89 c.p. che prevedono l'esclusione o la diminuzione della imputabilità in presenza di infermità di mente, sono stati oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina alla luce dei criteri prospettati dalla scienza psichiatrica per la determinazione del concetto di infermità mentale, riconducibili a tre diversi modelli: nosografico, psicologico e sociologico⁴.

La concezione "medico-nosografica" sostiene la natura organica della malattia mentale: la patologia è solo quella riconducibile ad un preciso quadro "clinico" (ad esempio demenza), con esclusione dei disturbi *funzionali* della personalità⁵. Tale corrente scientifica nacque dopo la "rivoluzione" dell'illuminismo ed iniziò ad affermare il carattere prettamente biologico-organico dei fenomeni d'infermità mentale, con il chiaro intento di operare un superamento ed una cesura rispetto alla tradizionale idea secondo cui essi sarebbero stati determinati da entità metafisiche ed esoteriche.

Riconducendo l'infermità alla stretta nozione "clinica" di malattia mentale (peraltro rapportata al progresso scientifico), da un lato se ne escludeva l'origine "spirituale" e, dall'altro, se ne restringeva notevolmente l'ambito, escludendo, ad esempio i semplici disturbi caratteriali

Alla concezione nosografica si è contrapposto il modello "psicologico", secondo cui – per dirla con Freud - la causa dell'infermità mentale non andrebbe ricercata in una malattia organica, ma sarebbe espressione dei conflitti dell'Es con il Super-Io e con l'ambiente esterno.

Il paradigma sociologico, invece, ritiene che l'origine della malattia mentale andrebbe individuata nella realtà sociale e familiare. A ben considerare, sia il modello psicologico che quello sociologico delineano un concetto di malattia assai distante da quello nosografico, in quanto l'infermità mentale si manifesterebbe, rispettivamente, come "realtà inconscia" o come "problema sociale", suscettibile di una "terapia", alla luce dei saperi delle scienze empirico-sociali (quali ad esempio la psichiatria, la psicologia e la criminologia)⁶.

L'ipotesi che una importante dottrina ha ora affacciato, e della quale si discuterà in questa sede, è che le acquisizioni neuroscientifiche costruiscano un "ponte" tra il

³ Nella manualistica, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2019, p. 351; sul punto, sia pur con differenti impostazioni, per un ampio e completo approfondimento, autorevolmente, cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2017, p. 227; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Milanofiori, 2017; A. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4°, Milanofiori, 2017, spec. p. 361 ss.

⁴ Per un confronto anche in chiave storica, col dettato normativo del Codice Rocco, si veda G. BALBI, *Infermità di mente ed imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p. 844 ss.

⁵ Cfr. G. BALBI, *Infermità di mente*, cit., 848 ss.; nella manualistica si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 355; A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 361 ss.

⁶ G. BALBI, *Infermità di mente*, cit., pp. 848-849; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, p. 4 ss.

paradigma nosografico e quello psicologico, con possibili risvolti per l'imputabilità penalistica⁷.

2. Uno sguardo alle neuroscienze cognitive.

Il settore delle neuroscienze cognitive fu inaugurato, verso la fine degli anni Settanta del secolo appena trascorso, a seguito dell'incontro su di un taxi di New York, tra un neuroscienziato (*Gazzaniga*) ed uno studioso di psicologia cognitiva (*Miller*), invitati ad un simposio organizzato da due prestigiose università (la *Rockefeller* e la *Cornell University*), che stavano concentrando le proprie ricerche sul modo in cui le funzioni del cervello fisico (*brain*) potessero dare luogo ai pensieri ed alle idee di una mente intangibile (*mind*)⁸.

In seguito, il neuroscienziato *Libet*, insieme ad altri studiosi, avrebbe fornito prove su come l'esperienza mentale cosciente fosse posteriore rispetto alle funzioni mentali inconse.

In particolare, nei celebri studi condotti negli anni Ottanta⁹, *Libet* aveva scoperto che gli individui decidono inconsciamente di agire ben prima di aver preso la decisione, come confermato dal "potenziale di prontezza" presente nel cervello dei partecipanti all'esperimento che si registrava circa 550 millisecondi prima che l'azione avesse inizio¹⁰.

L'importanza della scoperta di *Libet* si fonda su due ragioni: in primo luogo, aver suggerito che la decisione consapevole della mente è il risultato di processi cerebrali inconsci; ed in secondo luogo, che sussiste comunque il tempo per inibire un'azione, non appena il soggetto sia consapevole della propria intenzione¹¹. In conclusione, *Libet* sostenne che v'è spazio per il concetto di *free will* (libero arbitrio), inteso come capacità di libera autodeterminazione, poiché la rappresentazione mentale conserverebbe una sorta di veto sul compimento dell'azione (*free won't*).

La scoperta di *Libet* ha alimentato, nel tempo, una serie di studi neuroscientifici, volti a dimostrare/confutare l'esistenza del *free will*, a tal punto che si sono delineate due fondamentali "correnti" di pensiero.

⁷ Per un'analisi dell'interferenza delle neuroscienze con la categoria penalistica della colpevolezza (imputabilità, dolo e colpa), v. *funditus* O. DI GIOVINE, voce *Neuroscienze*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, spec. p. 717 ss.

⁸ M. GAZZANIGA, R. IVRY, G. MANGUN, *Neuroscienze Cognitive*, trad. it., Bologna, 2015, p. 2 ss. Cfr. E. KANDEL, *L'età dell'inconscio. Arte, mente e cervello dalla grande Vienna ai nostri giorni*, Milano, 2012, p. 50, il quale evidenzia che il termine "cognizione" fu coniato, in termini «quasi freudiani» dallo psicologo tedesco *Neisser* e riferito a tutti i processi attraverso cui uno stimolo sensoriale è trasformato, ridotto, elaborato, immagazzinato, richiamato e utilizzato. La cognizione è coinvolta in questi processi anche quando essi avvengono in assenza di una forte stimolazione, come nell'immaginazione e nelle allucinazioni. Dalla genericità di questa definizione si evince che qualunque fenomeno psicologico è anche cognitivo.

⁹ B. LIBET, C. GLEASON, E. WRIGHT, D. PEARL, *Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential): The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act*, in *Brain*, 1983, 106, pp. 623-642.

¹⁰ B. LIBET, *Il fattore temporale nella coscienza*, trad. it., Milano, 2007.

¹¹ S. KOSSLYN, *Prefazione*, in B. LIBET, *Il fattore temporale*, cit.

Da un lato, la posizione *determinista* che nella sua versione “estrema” (*Hard-Determinism*), afferma un programma *forte* o *rifondativo*, per cui non siamo liberi ed il *free will* è solo un’illusione. In questo senso il *Determinism* è in “simpatia” col *Reductionism*, che afferma l’identità tra mente e cervello, in antitesi all’*Indeterminism* o *Libertarianism*, secondo cui le azioni sono eventi senza causa¹².

Dall’altro lato, la posizione *compatibilista* (*Compatibilism*), sostiene, al contrario, un programma *debole* o *moderato*, volto a conciliare il *free will* col determinismo delle leggi di natura¹³. In tal modo, il *Compatibilism* è opposto all’*Incompatibilism*, il quale ritiene incompatibile il *free will* col determinismo¹⁴.

La posizione *determinista* è formulata in un noto studio di *Greene* e di *Cohen*¹⁵, i quali sostengono che la promessa delle neuroscienze consiste nello svelare le nostre illusioni riguardo al *free will*, poiché le persone sono, in realtà, soggette alle leggi della natura del cervello, con la conseguenza che non dovrebbero essere ritenute moralmente responsabili per le loro azioni¹⁶. Essi ritengono che i progressi delle neuroscienze porteranno al superamento della funzione retributiva della pena, che si fonda sul concetto di responsabilità-libertà del colpevole, a favore di un approccio *conseguenzialista*¹⁷, per cui il criterio normativo di valutazione delle azioni è dato dalle conseguenze che da esse discendono, in termini di utilità sociale.

Tra i sostenitori del *compatibilism*, è spesso richiamata la tesi di *Gazzaniga*, il quale evidenzia come le neuroscienze hanno poco da rivelare sul concetto di colpevolezza, malgrado quello che si potrebbe ritenere, in virtù delle immagini del cervello¹⁸.

Gazzaniga rileva che «anche se l’azione compiuta può essere spiegata con un meccanismo disfunzionale del cervello, ciò non significa che la persona che ha compiuto quell’azione sia giustificabile¹⁹. A sostegno vengono richiamati due argomenti che

¹² A. ROSKIES, *Neuroscientific challenges to free will and responsibility*, in www.sciencedirect.com

¹³ Nella dottrina spagnola, v. E. DEMETRIO CRESPO, “*Compatibilismo humanista*”: *Una propuesta de conciliación entre Neurociencias y Derecho Penal*, in E. Demetrio Crespo, M. Maroto Calatayud (a cura di), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2013, p. 1 ss.; v. anche B. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?*, in *InDret*, 2, 2011, p. 1 ss.

¹⁴ Cfr. A. LAVAZZA, *Free will and Neuroscience: from explaining freedom away to new ways of operationalizing and measuring it*, in *Frontiers in Human Neuroscience*, 10, 2016, p. 202.

¹⁵ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, in *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004, pp. 1775–1785. In questo senso, v. D. EAGLEMAN, *In incognito: la vita segreta del cervello*, trad. it., Milano, 2012.

¹⁶ J. GREENE, J. COHEN, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, cit., p. 1781.

¹⁷ *Id.*, *op. cit.*, p. 1784.

¹⁸ M. GAZZANIGA, *L’interprete. Come il cervello decodifica il mondo*, trad. it., Roma, 2000, p. 59. Cfr. in senso favorevole alle “promesse” delle neuroscienze, V. S. RAMACHANDRAN, *Che cosa sappiamo della mente*, trad. it., Milano, 2011. Sul legame “misterioso” tra cervello e mente, v. A. BENINI, *Che cosa sono io. Il cervello alla ricerca di sé stesso*, Milano, 2009; più di recente, M. GAZZANIGA, *La coscienza è un istinto. Il legame misterioso tra cervello e la mente*, trad. it., Milano, 2019, spec. p. 293 ss. Per una prospettiva puramente biologica della coscienza, v. G. M. EDELMAN, G. TONONI, *Un universo di coscienza. Come la materia diventa immaginazione*, trad. it., Torino, 2000; v. anche D. DENNETT, *Coscienza. Che cosa è*, trad. it., Roma-Bari, 2009; J. R. SEARLE, *Menti, cervelli e programmi*, in (a cura di) D. DENNETT, D. HOFSTADTER, *L’io della mente*, trad. it., Milano, 1985, pp. 341-360.

¹⁹ M. GAZZANIGA, *L’interprete.*, cit., pp. 49-50.

evidenziano lo stretto legame delle neuroscienze col concetto di *free will*. In primo luogo, *Gazzaniga* enfatizza la costruzione sociale della responsabilità personale: le regole che noi costruiamo sono quelle che possiamo apprendere e formano un costrutto che presuppone un'idea di *free will*²⁰. In secondo luogo, *Gazzaniga* si richiama ai noti esperimenti di *Libet* dai quali si deduce che il libero arbitrio risiede nel *free won't*, e cioè nel potere di veto della mente nel lasso temporale dell'ordine di circa 300 millisecondi tra l'attività cerebrale e la decisione cosciente²¹. È in questo *gap* temporale che la nostra mente può decidere, ad esempio, di conformarsi o meno al precetto penale.

Tra gli studiosi di *criminal law*, quest'ultima impostazione è, in sostanza, condivisa da *Morse*, il quale sostiene che le previsioni dei neuroscienziati *Greene* e *Cohen* sono destinate a non produrre effetti (rilevanti) sul sistema penalistico²².

In particolare, *Morse* argomenta che il *compatibilism* fornisce una sicura base per l'idea della responsabilità penale, a differenza dell'*indeterminism-libertarianism* che non riesce a giustificare concetti quali la colpevolezza che rispondono alle stesse leggi fisiche che governano tutti i fenomeni²³.

Morse osserva che il *criminal law* affronta problemi realmente connessi alla responsabilità, tra cui la coscienza e la formazione degli stati mentali connessi, ma non rilevano le problematiche "filosofiche" in ordine alla presenza (o assenza) del *free will*. Ciò in quanto il giudizio di colpevolezza presuppone, più semplicemente, la libertà del

²⁰ B. GARLAND, M. FRANKEL, *Neuroscience and the Law*, Dana, 2004, p. 10.

²¹ B. GARLAND, M. FRANKEL, *Neuroscience and the Law*, cit., p. 10.

²² S. MORSE, *New neuroscience, old problems: legal implication of brain science*, in *Cerebrum: the Dana foundation*, 1 ottobre 2004; ID., *Brain overclaim syndrome and criminal responsibility: a diagnostic note*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 3, 2006, pp. 397-412.

²³ S. MORSE, *Common Criminal Law Compatibilism*, in J.D. Vincent (a cura di), *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford, 2013, p. 28.

volere del soggetto²⁴, il quale si è determinato nel senso contrario al precetto²⁵; né le neuroscienze pongono, in quest'ambito, nuove sfide al diritto penale²⁶.

Tra gli studiosi di *neurolaw*, v'è chi, come *Goodenough*, ritiene che le neuroscienze cognitive potrebbero condurre ad una rivisitazione di idee, radicate, di *folk psychology* su cui si fonda il sistema di *criminal law*, come, ad esempio, in materia di *insanity defence*

²⁴ È stato evidenziato in dottrina come l'argomento usato da Morse, e cioè che il diritto penale richiede la libertà del volere, che si differenzia dal libero arbitrio, e che ben può essere compatibile con la tesi deterministica (debole), sia, in realtà, un argomento che risale alla filosofia compatibilista inglese, da Hobbes a Locke (A. FARANO, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, Bari, 2018, p. 39). Sul rapporto tra neuroscienze e libertà del volere, v. A. LAVAZZA, L. SAMMICHELI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?*, in R. De Caro, A. Lavazza, L. Sammiceli (a cura di), *Siamo davvero liberi?*, Torino, 2010, p. 147 ss. V. anche M. RONCO, *Sviluppi delle neuroscienze e libertà del volere: un commiato o una riscoperta?*, in O. Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Milano, 2013, spec. p. 81, dove si evidenzia che le indagini neuroscientifiche «costituiscono indizi rilevanti in ordine alla struttura razionale dell'uomo, ma non forniscono certezza alcuna in ordine alla razionalità o irrazionalità di ogni specifica singola condotta. Sarebbe veramente esiziale che i risultati di queste ricerche, per il momento ancora meritevoli di molte precisazioni e di decisivi approfondimenti, venissero utilizzati in senso contrario alla libertà della persona e andassero quasi a costituire la base scientifica di un nuovo scientismo criminologico, totalmente deterministico». Cfr. nella dottrina tedesca la posizione critica espressa da W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it., Bologna, 2012, p. 213-214, secondo cui «Da sempre ci chiediamo nelle nostre dispute se l'essere umano sia padrone delle sue decisioni, se possa in genere «volere» qualcosa e poi liberamente attuarlo, o se invece sia determinato da influssi esterni. Recentemente le neuroscienze hanno riaperto la controversia. Non si può dire se questo dibattito giungerà mai a una conclusione. La giustizia penale, invece, giudica giorno dopo giorno, ritiene l'uno incapace di colpevolezza, formula nei confronti dell'altro un rimprovero di colpevolezza e valuta un danno causato con dolo come più grave di uno causato con negligenza. La colpevolezza nel diritto penale non è una funzione cerebrale, ma il risultato di un processo cui molti prendono parte». Per una diversa impostazione sul rapporto tra diritto penale e neuroscienze, v. G. JAKOBS, *Sistema dell'imputazione penale*, trad. it., Napoli, 2017, p. 88, secondo cui «La questione decisiva non è se sia giusta la prospettiva delle scienze naturali oppure quella giuridico-normativa, ma quale prospettiva offra orientamento in quale connessione, e sul fatto che la struttura normativa della società possieda capacità orientativa non hanno dubbi nemmeno gli stessi rappresentanti delle nuove neuroscienze».

²⁵ Cfr. nella dottrina tedesca la posizione "agnostica" di C. ROXIN, *Che cosa resta della colpevolezza nel diritto penale?* in S. Moccia (a cura di), *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it., Napoli, 1998, p. 165, «la capacità di colpevolezza è un concetto congiuntamente empirico-normativo. Empiricamente determinabili sono la fondamentale capacità di autoorientamento e la motivabilità attraverso le norme così riconosciuta. Viene normativamente ascrivita la possibilità, dedotta da questo accertamento, di una condotta conforme al diritto. Ci sentiamo autorizzati alla «posizione normativa» secondo cui può agire liberamente un uomo, la cui capacità psichica di orientamento in una determinata situazione è (ancora) intatta, perché la naturale autorappresentazione dell'uomo normale si fonda su questa consapevolezza di libertà e perché non è possibile un ordinamento sensato della vita sociale umana senza il reciproco riconoscimento della libertà. L'antideterminista spiegherà come empiricamente fondata questa ammissione di libertà. Ma anche il determinista potrà accettarla: essa, infatti, non significa che l'uomo è libero in senso scientifico-naturale, ma che, in presenza di una intatta capacità di orientamento e di una motivabilità attraverso norme, così riconosciuta, egli deve essere *trattato* come libero. Per il determinista l'ammissione della libertà è, quindi, una regola sociale, il cui valore per la comunità è del tutto indipendente dal problema gnoseologico e scientifico-naturale della libertà del volere».

²⁶ S. MORSE, *Criminal Law and Common Sense: An Essay on the Perils and Promise of Neuroscience*, in *Marq. L. Rev.* 99, 2015, p. 55.

(che nel linguaggio anglosassone si può tradurre, in un certo senso, con causa di esclusione di imputabilità)²⁷.

3. La (famosa) sentenza “Raso”.

Per ritornare al nostro diritto penale, un punto decisivo a favore di una nozione “allargata” di infermità mentale, rispetto alla concezione nosografica, è stato segnato, come noto, dalla sentenza “Raso” delle Sezioni unite penali, con la quale si è finalmente chiarito come valgano ad integrare il concetto di malattia mentale anche i “disturbi della personalità”, quali, ad esempio, le nevrosi²⁸.

In quest’ottica, si ritiene sia stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità, nella sua massima composizione, la più recente concezione multifattoriale di tipo bio-psico-sociale del disturbo mentale (o paradigma integrato) che affianca alla diagnosi nosografica altri e diversi paradigmi²⁹.

Sebbene la sentenza “Raso” abbia riconosciuto che le infermità di mente non sono solo quelle a base organica clinicamente accertabili, ma possono essere anche i disturbi della personalità, o comunque tutte quelle anomalie psichiche non inquadrabili nelle figure tipiche della nosografia clinica, essa è stata ben chiara nel precisare che queste ultime, per comportare l’esclusione o l’attenuazione della imputabilità (*ex artt. 88, 89 c.p.*), devono essere di gravità ed intensità tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere. Specifica, inoltre, che «a tale accertamento il giudice

²⁷ O. GOODENOUGH, *Responsibility and punishment: whose mind? A response*, in S. Zeki, O. Goodenough (a cura di), *Law and the Brain*, cit., p. 259 ss; O. GOODENOUGH, M. TUCKER, *Law and Cognitive Neuroscience*, in *Annu. Revu. Law Soc. Sci.*, 6, 2010, p. 61 ss. Cfr. O. GOODENOUGH, *Neuroscientific Development as a Legal Challenge*, in A. Santosuosso (a cura di), *Le Neuroscienze e il Diritto*, Pavia, 2009, p. 45. V. anche O. GOODENOUGH, K. PREHN, *A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society of London, Series B*, 359, 2004, p. 1709 ss., dove si delinea un possibile approccio neuroscientifico al giudizio normativo, con particolare riguardo alla comprensione del ruolo delle emozioni. In particolare, questo approccio può essere testato attraverso le tecniche di *neuro-imaging*, che possono fornire i modelli e metodi di studio volti a chiarire i processi cerebrali coinvolti, rispetto a quelli intuitivi della *folk psychology*, basati sull’osservazione dei comportamenti.

Sul significato di *insanity defence* va precisato che «nella galassia delle *criminal defenses* del diritto anglosassone graviti un vasto campionario di istituti che il giurista continentale definirebbe di volta in volta cause di giustificazione, cause di esclusione della colpevolezza, della imputabilità, o della *suitas*» (C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Torino, 2016, p. 133).

Tra gli studi neuroscientifici che suggerirebbero un ripensamento del sistema di *insanity defence*, v. R. SAPOLSKY, *The frontal cortex and the criminal justice system*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* 359, 2004, pp. 1787-1796. Cfr. B. REDDING, *The brain-disordered defendant: neuroscience and legal insanity in the twenty-first century*, in *Am Univ Law Rev* 56, 2006, p. 51 ss., secondo cui sarebbero maturi i tempi per una nuova “neurogiurisprudenza” in grado di “riformare” l’*insanity defence*, alla luce delle evidenze neuroscientifiche.

²⁸ fra i primi commenti, G. FIDELBO, *Le sezioni unite riconoscono rilevanza ai disturbi della personalità*, in *Cass. pen.* 2005, p. 743 ss.; M. BERTOLINO, *Commento alla sentenza delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 853. V. *amplius* M.A. PASCULLI, *Neuroscienze e giustizia penale. Profili sostanziali*, vol. I, Roma, 2012, spec. p. 37 ss.

²⁹ B. MAGRO, *Infermità di mente: nozione giuridica e ruolo delle neuroscienze*, in *Quotid. giur.*, 16 giugno 2017, 10

deve procedere avvalendosi degli strumenti tutti a sua disposizione, dell'indispensabile apporto e contributo tecnico, di ogni altro elemento di valutazione e di giudizio desumibile dalle acquisizioni processuali».

Un accertamento complesso, dunque, che, sempre secondo la Corte, deve essere volto a verificare soprattutto "il nesso eziologico" tra il disturbo mentale e il fatto di reato, e che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo³⁰.

Come evidenziato in dottrina «pertanto, il reato non solo dovrà essere compiuto durante l'estrinsecarsi della patologia inabilitante (e, quindi, nei casi di epilessia, durante una crisi), ma dovrà altresì essere legato da un rapporto di derivazione diretta con la tipologia di reato concretamente realizzata. Da ciò deriva che solo un numero limitatissimo di vizi mentali (psicosi cronica, sindrome paranoico depressiva acuta) saranno in grado di rendere non imputabile il reo per qualsiasi illecito da questi commesso»³¹.

Se tutto ciò è vero, dunque, restringendo il campo d'analisi alla "ludopatìa", occorrerà aver riguardo a quali siano i sintomi più comuni onde comprendere quali tipologie di reati possano considerarsi causalmente connessi a tale disturbo, almeno a livello astratto.

4. La ludopatìa: profili "neuroscientifici".

Con il termine «ludopatìa» si suole descrivere una patologia che caratterizza i soggetti affetti da sindrome da gioco con vincita in denaro. Le persone che hanno dipendenza da gioco, nonostante le gravi conseguenze che questo può comportare, non riescono a sottrarsi da questo disturbo ossessivo-compulsivo, così non solo trascurando di svolgere le attività promozionali allo sviluppo della personalità ma, altresì, finendo per sviluppare altre dipendenze, compromettendo la propria vita e quella altrui³².

In un fondamentale articolo del 2002 due neuroscienziati, *Alex Blaszczynski* e *Lia Nower*, hanno suddiviso i giocatori d'azzardo patologici in tre tipologie: 1) *Behaviourally Conditioned Problem Gamblers*, ossia giocatori d'azzardo problematici da disturbo comportamentale; 2) *Emotionally Vulnerable Problem Gamblers*, cioè giocatori d'azzardo problematici da vulnerabilità emotiva; 3) *Antisocial Impulsivist Problem Gamblers*, vale a dire giocatori d'azzardo problematici da impulsività antisociale³³.

Tutte e tre le citate categorie di giocatori patologici, come evidenziato dalle indagini epidemiologiche citate da *Blaszczynski* e *Lia Nower*, tendono statisticamente ad

³⁰ Cfr. *ex plurimis* M. BERTOLINO, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, p. 334 ss.; più di recente, ID., *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *Criminalia*, 2018, p. 3 ss.

³¹ G. AMOROSO, *Giudizio di imputabilità e neuroscienze*, in *Diritto e Scienza*, 6, 2012, p. 12.

³² A. VESTO, *La ludopatìa: il pendolo del rimedio tra incapacità e equilibrio*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1420 cui si rimanda anche per ulteriori approfondimenti bibliografici.

³³ A. BLASZCZYNSKI, L. NOWER, *A pathways model of problem and pathological gambling*, in *Addiction*, 2002, p. 487 ss.

accrescersi se il contesto sociale e normativo in cui vivono “accetti”, “incoraggi” o “promuova” il gioco d’azzardo³⁴.

In aggiunta al contesto che può “predisporre” ad una più alta incidenza del gioco d’azzardo patologico, sussiste un ulteriore fattore, di carattere neuro-psicologico, dovuto allo stato di eccitazione (*arousal*) condizionato agli stimoli che il cervello dei ludopatici associa all’ambiente del gioco d’azzardo. Infatti, «con l’accrescere della frequenza al gioco d’azzardo, appaiono schemi cognitivi distorti (*biased*)» i quali formano «valutazioni distorte, percezioni erranee, pensieri superstiziosi». Da ciò discende che la «potenza e pervasività di credenze cognitive distorte e irrazionali si rafforzano con livelli crescenti di coinvolgimento nel gioco d’azzardo»³⁵.

Negli anni ‘90 del secolo scorso, gli studi neuroscientifici di *Schultz* e dei suoi collaboratori hanno evidenziato un’interessante relazione tra gioco d’azzardo ed il funzionamento dei neuroni dopaminergici che liberano un importante “neuromodulatore”, la dopamina (c.d. molecola del piacere), e che si trovano nel “mesencefalo ventrale” in un piccolo gruppo di nuclei appena sopra il tronco encefalico dove termina la colonna vertebrale³⁶.

Con una metafora, il funzionamento dei neuroni dopaminergici assomiglia ad un “campanello d’allarme” nel cervello, ogni qual volta le ricompense ricevute non corrispondono alle previsioni³⁷.

³⁴ *Op. cit.*, p. 492.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ W. SCHULZ, P. DAVAN, P.R. MONTAGUE *A neural substrate of prediction and reward*, in *Science*, 275, 1997, p. 1594. Con particolare riferimento ai concetti di psicologia, quali il condizionamento “classico” e condizionamento “operante”, v. AVANZI, *Neurobiologia del condizionamento operante: dopamina, apprendimento e disturbo da gioco d’azzardo*, in *Alea Bulletin* (web), 3, 2014.

Il gioco d’azzardo, e in particolare la ludopatia, può essere compreso sul piano neuropsicologico, attraverso il contributo, sul finire degli anni ‘30 del secolo scorso, dello psicologo *Skinner*, al quale si deve l’elaborazione del “condizionamento operante” che inverte le fasi del condizionamento “classico” Pavloviano: la risposta precede lo stimolo che funge da “rinforzo”. L’acquisizione dell’apprendimento avviene se il nuovo comportamento è seguito da un “rinforzo”, ossia l’effetto che segue un certo comportamento e determina la probabilità che quel comportamento venga emesso. I rinforzi “positivi” producono un effetto piacevole e agiscono da ricompensa. Essi aumentano la probabilità che un comportamento si manifesti. I rinforzi “negativi” aumentano la probabilità di apprendimento di comportamenti che eliminano attivamente una fonte di sofferenza (premere una leva nella gabbia di *Skinner* per evitare scosse elettriche), oppure consentono di eliminare uno stimolo sgradevole e penoso tramite comportamenti di evitamento e fuga.

Occorre soffermarsi, in particolare, sul famoso esperimento di *Skinner*, che riguarda la somministrazione di cibo a ratti o piccioni chiusi in una gabbia che prenderà il nome di “*Skinner box*”. All’interno della gabbia venivano create le condizioni perché l’animale premesse la leva. Gli animali premevano accidentalmente una leva e ottenevano cibo o acqua. L’animale affamato o assetato tendeva a ripetere l’operazione (risposta operante) se essa produceva un effetto positivo (cibo=rinforzo). La somministrazione di cibo avveniva premendo una leva con il becco e se, appreso il comportamento tramite il rinforzo, il cibo veniva somministrato ad intervalli regolari, i piccioni iniziavano ad associare alla somministrazione di cibo un atto arbitrario come lo scuotere la testa (B. SKINNER, *The behavior of organisms: an experimental analysis*, New York, 1938; ID., *Science and human behaviour*, New York, 1953).

Orbene, la “*Skinner box*” «ricorda i meccanismi della slot machine e si potrebbe dire che le slot machine sono *Skinner box* per umani» (AVANZI, *Neurobiologia del condizionamento operante, cit.*).

³⁷ R. M. BOTE, *Come prendiamo le decisioni? I meccanismi neurali della scelta*, *Neuroscienze&Psicologia*, 6, 2018, pp.

Negli esperimenti condotti da Schulz i neuroni dopaminergici si attivano quando una ricompensa, come una goccia di succo, compare inaspettatamente nella bocca della scimmia³⁸.

Nei soggetti umani ludopatici questi neuroni sembrano “eccitarsi” con maggiore intensità all’aumentare dell’incertezza della ricompensa che si verifica dopo lo stimolo che l’anticipa; ciò spiegherebbe perché i ludopatici non riescano a resistere al rischio “crescente” del gioco³⁹.

5. (segue)...e normativi.

La pervasività del fenomeno della ludopatia ha condotto, ex art. 5 Decreto Balduzzi (d.l. 158/2012), convertito in l. n. 189/2012, all’inserimento della ludopatia nei livelli essenziali di assistenza (c.d. Lea), con riferimento alle prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da questa sindrome da gioco ed ha, inoltre, previsto all’art. 7, co. 4, del medesimo decreto, il divieto di messaggi pubblicitari di giochi con vincite in denaro nelle trasmissioni televisive, radiofoniche, su giornali, nonché via *internet* e nelle rappresentazioni teatrali o cinematografiche rivolte prevalentemente ai giovani: qualunque messaggio associato al gioco deve contenere formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica del gioco⁴⁰.

La compulsione nella mente del giocatore *patologico* che, fino a non molto tempo fa, era annoverata nell’ambito dei disturbi della personalità (c.d. “discontrollo degli impulsi”), viene, oggi, alla luce anche delle evidenze neuroscientifiche, riclassificata nell’ambito delle malattie mentali, posto che la compulsione induce la persona a giocare dissociandosi dalla realtà, in modo incontrollato, anche in mancanza risorse sufficienti a compensare le perdite, con serie conseguenze economiche, professionali e sociali⁴¹.

Secondo quanto affermato dal Ministero della Salute «per ludopatia (o gioco d’azzardo patologico) si intende l’incapacità di resistere all’impulso di giocare d’azzardo o fare scommesse (...)» e tale disturbo è stato catalogato nel DSM-5 tra le “dipendenze comportamentali”⁴².

6. L’impatto delle neuroscienze sull’imputabilità.

A questo punto, si pone un primo quesito: come incide su questo quadro l’avvento delle neuroscienze e della genetica comportamentale (c.d. *Behavioral Genetics*)? Sappiamo infatti, già dagli studi condotti a partire dagli anni Settanta del secolo scorso,

97-101.

³⁸ W. SCHULZ, P. DAVAN, P.R. MONTAGUE *A neural substrate*, cit., p. 1594.

³⁹ R. M. BOTE, *Come prendiamo le decisioni?*, cit., pp. 97-101.

⁴⁰ A. VESTO, *La ludopatia: il pendolo del rimedio*, cit. p. 1427.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 1430.

⁴² R. BIANCHETTI, [Disturbo da gioco d’azzardo ed imputabilità](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, pp. 388-390.

che una mutazione genetica (c.d. variante allelica) «non è condizione né necessaria né sufficiente per sviluppare l'aggressività o una condotta violenta. Perché ciò accada, e cioè perché possa aumentare il rischio di comportamento antisociale da adulto, è necessario che gli individui con questi alleli siano cresciuti in un ambiente violento [...]. Se, viceversa individui con queste varianti [...] sono cresciuti in un ambiente sano, [...], da adulti non svilupperanno i comportamenti devianti. Queste osservazioni hanno portato a coniare il termine di “alleli di plasticità” proprio ad indicare che queste varianti aumentano la permeabilità dell'ambiente»⁴³.

Invero, le acquisizioni neuroscientifiche in materia di imputabilità, come è stato evidenziato in dottrina, su di un piano astratto, sembrerebbero coniugare la verificabilità/falsificabilità, che rappresentava il fondamento giustificativo delle vecchie, più tassative concezioni organicistiche (le quali facevano coincidere il vizio di mente con la presenza di una vera e propria alterazione biologica, una “malattia”), con la visione “progressista” di tipo funzionale consacrata in giurisprudenza a partire dalla sentenza SS.UU. *Raso* del 2005, che riconosce rilievo escludente l'imputabilità anche ai disturbi comportamentali, nonché a situazioni transitorie (c.d. corto-circuiti), a condizione (ovviamente) che abbiano reso, temporaneamente o permanentemente, l'individuo incapace di rendersi conto del disvalore sociale del suo comportamento e di determinarsi coerentemente con la propria rappresentazione⁴⁴.

In quest'ottica, le nuove tecniche neuroscientifiche (ad es. gli studi di *neuroimaging*) consentono di “rintracciare” nel cervello i c.d. disturbi della personalità, e potrebbero essere d'aiuto «qualora fossero in grado di stanare patologie che senza l'impianto concettuale e gli strumenti tecnici loro propri erano trascurate o non individuate»⁴⁵.

Nella psichiatria forense, è stato evidenziato che non è passato molto tempo da quando i disturbi mentali venivano distinti in organici (es. demenza) e funzionali (es. nevrosi) a seconda che presentassero o meno evidenti alterazioni della struttura cerebrale. Questa distinzione rifletteva semplicemente la nostra incapacità di andare al di là di ciò che potevamo vedere quasi ad occhio nudo (come appunto l'atrofia cerebrale all'esame autoptico e successivamente in vivo all'esame TAC dell'encefalo). Con le metodologie di esplorazione funzionale del cervello, unitamente al grande sviluppo delle metodologie di biologia molecolare, possediamo attualmente un potentissimo microscopio per osservare i processi biochimici della nostra mente, delle sue sofferenze e dei suoi meccanismi di difesa⁴⁶.

⁴³ A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, Milano, 2018, p. 150.

⁴⁴ O. DI GIOVINE, *Prove “neuro”-tecniche di personalizzazione della responsabilità penale*, in G. Carlizzi – G. Tuzet (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2018, p. 324; ID., voce *Neuroscienze*, cit., p. 711 ss. Per un quadro delle applicazioni giurisprudenziali delle neuroscienze, con particolare riguardo all'imputabilità, a partire dalle note pronunce dei giudici di Trieste del 2009 e di Como del 2011, v. *ex plurimis* C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 204 ss.

⁴⁵ I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2012, p. 172.

⁴⁶ P. PIETRINI-S. PELLEGRINI, *Neuroscienze e psichiatria forense*, in *Giorn. It. psicol.*, 2016, p. 765.

7. Il rilievo delle neuroscienze nel caso della ludopatia: le considerazioni della dottrina.

Stando così la questione, ci si potrebbe chiedere quale contributo in concreto potrebbero fornire le neuroscienze all'indagine dello "stato di mente" che esclude (in tutto o in parte) l'imputabilità in quanto conseguenza di una "infermità" (ex artt. 88 c.p. e ss.).

Nasce così un secondo quesito: è il "microscopio neuroscientifico" *ex se* in grado di dimostrare l'incidenza della ludopatia sulla capacità di intendere e di volere, fino al punto di "modificare" il concetto di imputabilità (art. 85 c.p.)? Oppure, al contrario, resta imprescindibile un'analisi di criminodinamica, rimessa alla valutazione del giudice, al fine di apprezzare l'effettivo rilievo della ritenuta patologia mentale sulla verifica dell'evento criminoso?

In altri termini, potrebbero le ricerche e le tecniche neuroscientifiche dimostrare la *non validità* delle finzioni di imputabilità⁴⁷, sostenendo che soggetti psicopatici, come ad esempio individui affetti da ludopatia, siano privi in tutto o in parte della "capacità di intendere e di volere", a causa del mal funzionamento del sistema limbico che regola le emozioni (ex art. 90 c.p.)? Ancora, se la ludopatia fosse assimilabile (contrariamente al richiamato orientamento giurisprudenziale) ad una situazione analoga a quella della tossicodipendenza, considerata la non tassatività delle cause di esclusione dell'imputabilità, potrebbero le neurotecniche falsificare campo e portata della finzione di imputabilità ex art. 93 c.p.?

Secondo ormai numerose impostazioni, le neuroscienze potrebbero contribuire a "rafforzare" la prova della capacità di intendere e di volere, anche alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate dalle Sezioni Unite "Raso"⁴⁸.

Si tratta di opzione da sciogliere tra programma "moderato", con «caratterizzazione *ius-centrica*» rispetto al contributo delle neuroscienze⁴⁹, e programma "ripensativo", che mostra maggiore apertura ai riflessi immediati che le acquisizioni neuroscientifiche producono sulla categoria penalistica dell'imputabilità, con particolare riguardo alla capacità di intendere⁵⁰.

⁴⁷ In generale, per uno studio critico sul concetto di "finzioni giuridiche" in tema di imputabilità, come ad es. gli stati emotivi (art. 90 c.p.), v. A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, spec. p. 15 ss.

⁴⁸ O. DI GIOVINE, *Prove "neuro"-tecniche di personalizzazione della responsabilità penale*, cit., p. 325 ss.; ID, voce *Neuroscienze*, cit., p. 713 ss.; ID., *Prove di dialogo tra neuroscienze e diritto penale*, in *Giorn. it. psicol.*, 4, dicembre 2016, p. 721; I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, cit., p. 198 ss.; M.T. COLLICA, [Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità](#), in questa *Rivista*, 20 febbraio 2018; ID., *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in G. Carlizzi-G. Tuzet (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 339 ss.; M. BERTOLINO, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in *www.discrimen.it*, 27 novembre 2018, p. 14 ss.

⁴⁹ O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019, p. 31.

⁵⁰ Per una spiegazione delle differenze metodologiche tra programma "moderato" e programma ripensativo, v. *funditus* O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit., p. 37 ss.

Il pensiero va all'*Iowa Gambling Test*, immaginato dal *team* di Damasio per studiare le anomalie riguardanti pazienti con lesioni ai lobi frontali⁵¹.

In questo noto esperimento venivano selezionate due classi di individui: i "casi", affetti da lesioni ai lobi frontali e i "controlli" composti da persone sane. Essi erano invitati a scegliere delle carte estraendole da due diversi mazzi. Mentre i "controlli", dopo un po' si orientavano verso il mazzo di carte che comportava vincite più contenute ma complessivamente ancor minori perdite, i "casi", pur perfettamente consapevoli delle caratteristiche dei due mazzi di carte, continuavano a scegliere le carte da quello cui conseguivano grosse vincite, ma perdite nettamente superiori.

Come dire: si può avere una cognizione astratta di ciò che è più utile fare, ma non riuscire a tradurla in pratica perché non la si "sente".

Se è così, allora si potrebbe indagare anche un'altra ipotesi di lavoro. Si potrebbe cioè verificare se le neuroscienze possano in prospettiva indurre, con particolare riguardo all'imputabilità, a "ripensare il diritto penale"⁵², a partire, per quel che qui interessa, dal malfunzionamento dell'area cerebrale (come ad esempio i neuroni dopaminergici)⁵³ nei soggetti "malati" di gioco.

In quest'ottica che – come avvertito – integra un approccio "mediano" tra programma "forte" (rifondazione del diritto penale, alla luce della ritenuta illusorietà del libero arbitrio⁵⁴), e quello "moderato" (neuroscienze soltanto per agevolare la prova di elementi del reato, quali l'imputabilità)⁵⁵, diverrebbe astrattamente possibile pervenire ad una "riformulazione" della capacità di intendere, non più legata ad una «concezione razionalistica classica», propria di una psicologia "del senso comune" (*folk*

⁵¹ Cfr. A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, Milano, 1995, pp. 292-294.

⁵² O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit.

⁵³ V. funditus J. LEDOUX, *Il Sé sinaptico. Come il nostro cervello ci fa diventare quelli che siamo*, Milano, 2002, spec. p. 341-348.

⁵⁴ Nella dottrina tedesca, il programma neuroscientifico "forte" è sostenuto da W. SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt, 2003; G. ROTH, *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung*, in FS E.- J. Lampe, Berlin, 2003; G. MERKEL, G. ROTH, *Hirnforschung, Gewalt und Strafe - Erkenntnisse neurowissenschaftlicher Forschung für den Umgang mit Gewaltstraftätern*, in T. Stompe, H. Schanda (a cura di), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit*, in *Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, Berlin, 2010, p. 143 ss.

In senso critico, v. A. NISCO, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2012, p. 499 ss.

⁵⁵ Per la ricostruzione del panorama neuroscientifico v. funditus O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, pp. 3-31, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. Cfr. C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., p. 56 ss., il quale evidenzia la fallacia del programma neuroscientifico "rifondativo". In questo senso, v. anche. F. BASILE, G. VALLAR, [Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2017, p. 272 ss.

psychology)⁵⁶, bensì calibrata sul riconoscimento del ruolo tutt'altro che marginale che le emozioni si vedono ormai riconosciute ai fini della costruzione degli schemi cognitivi⁵⁷.

Tornando al nostro tema specifico, ci sono pochi dubbi che la ludopatia incida sulla capacità di volere, quantomeno scemandola.

Forse, molto azzardando, in prospettiva le neuroscienze potrebbero addirittura condurre a ritenere che in un ludopatico emerga una capacità di intendere diversa da quella di un soggetto "normale". Non si dovrebbe cioè nemmeno escludere che esse potrebbero dimostrare, sempre in futuro, che il soggetto ludopatico si rappresenti il disvalore della sua condotta in un ambiente di gioco d'azzardo in modo o misura diversa

⁵⁶ Per una critica alla psicologia del senso comune, incapace di costruire una teoria scientifica dei meccanismi alla base del comportamento, v. S. STICH, *Dalla psicologia del senso comune alla scienza cognitiva*, Bologna, 1994. V. anche G. JERVIS, *Il mito dell'interiorità*, Torino, 2011, p. 17, il quale evidenzia come la psicologia scientifica «vuole dimostrare, non già convincere, e non fa appello alla coscienza introspettiva [di stampo freudiano] bensì all'oggettività della documentazione ottenuta con metodi sperimentali.

Con particolare riferimento ai limiti della psicologia di senso comune applicata al diritto, v. E. SIRGIOVANNI, *Neuroscienze e diritto tra ostacoli epistemologici e spinte riformiste. Una nuova epistemologia per il diritto alla luce delle neuroscienze cognitive*, in V. Capuzza, E. Picozza (a cura di), *Il diritto fra riflessione e creazione*, p. 167 ss.

⁵⁷ Tra i numerosi studi sull'influenza delle emozioni sulle facoltà cognitive, come la memoria, l'attenzione e la percezione, v. D. EVANS, *Emozioni*, trad. it. in *Brevi lezioni di psicologia*, Roma, 2018, spec. p. 97 ss. Cfr. su di un piano puramente filosofico M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, trad. it., Bologna, 2004.

Con riguardo alle possibili ricadute per il diritto penale, v. O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit., 44-45. Cfr. B. MAGRO, [Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena](#), in questa *Rivista*, 10, 2018, p. 173, nt. 6, dove si evidenzia che le acquisizioni neuroscientifiche «hanno dimostrato che gli individui non utilizzano modelli matematico-formali nell'elaborazione di decisioni e che le risposte date ad un problema dipendono in modo essenziale dal modo in cui un input viene presentato ed emotivamente elaborato dal sistema neurologico, piuttosto che da una chiara, completa ed oggettiva rappresentazione cosciente dell'oggetto». Cfr. D. TERRACINA, *Problematiche di diritto penale*, in (a cura di) L. CAPRARO, E. PICOZZA, V. CUZZOCREA, *Neurodiritto. Un'introduzione*, Torino, 2011, spec. p. 229 ss.; S. FUSELLI, *Le emozioni nell'esperienza giuridica: l'impatto delle neuroscienze*, in L. Palazzani, R. Zannotti (a cura di), *Il diritto nelle neuroscienze. Non "siamo" i nostri cervelli*, Torino, 2013, p. 53 ss.

Per altro verso, si potrebbe argomentare che per quanto le emozioni abbiano un ruolo non marginale nella costruzione degli schemi cognitivi, è pur vero che sono alla base di pensieri intuitivi, e quindi "veloci" che si rivelano "fallaci" alla luce del "sistema riflessivo" (il riferimento è, ovviamente, a D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, 2018, Milano).

È interessante osservare come alla base di questa argomentazione vi sia un semplice, e spesso ignorato, concetto matematico, noto come "regressione alla media", per cui un evento "estremo" sarà probabilmente seguito da uno meno estremo.

Verifichiamo, dunque, come questo concetto sia stato "illuminante" per l'A. nello studio dei fattori cognitivi alla base del processo decisionale. Nella metà degli anni '60 l'A. stava tenendo una conferenza agli istruttori di volo dell'aviazione israeliana. Egli sosteneva che nell'insegnamento la lode è più efficace delle punizioni. Alla fine, uno degli istruttori più esperti criticò questa tesi, rilevando che spesso dopo aver lodato un cadetto, la performance era stata negativa, viceversa dopo un rimprovero, la prestazione del cadetto era risultata positiva. In quel momento l'A. comprese come la convinzione dell'istruttore di volo che il castigo fosse più efficace della lode fosse un pensiero "veloce", poiché si fondava sulla mancanza di comprensione della "regressione alla media". Al contrario, la riflessione, e quindi il pensiero "lento", induceva a comprendere che se la performance di un cadetto era stata negativa, era ovvio che la volta successiva avrebbe fatto meglio, a prescindere dai rimproveri o dalle lodi del suo istruttore. Allo stesso modo, se la prestazione era stata eseguita in modo ottimale, sarebbe stato probabile che la volta successiva il cadetto avrebbe fatto peggio (per le implicazioni matematiche del concetto di regressione alla media, v. A. BELLOS, *Il meraviglioso mondo dei numeri*, Torino, 2010, pp. 480-481).

da quanto farebbe un soggetto “normodotato”. Le neuroscienze renderanno forse cioè – in prospettiva – possibile non soltanto graduare, dal punto di vista quantitativo i classici concetti su cui si basa l’imputabilità, ma anche modularli dal punto di vista qualitativo, dimostrando che una comprensione astratta – giocata sul mero piano logico e razionale – è diversa da una comprensione emotivamente connotata e quindi pregnante.

Ciò non toglie che il giurista potrebbe scegliere di restare legato alla nozione classica – che una dottrina definisce endogiuridica – di imputabilità, sicuramente più rassicurante perché più maneggevole⁵⁸.

Il dato neuroscientifico va, inoltre, preso *cum grano salis*, nel senso che, come evidenziato in letteratura⁵⁹, il mal funzionamento di un’area cerebrale non si correla in termini di certezza a mutazioni caratteriali negative⁶⁰. Ciò significa, in buona sostanza, che un soggetto potenzialmente ludopatico che vive in un contesto sociofamiliare particolarmente favorevole potrebbe condurre una vita tranquilla, e non manifestare sintomi ossessivo-compulsivi da gioco d’azzardo “patologico”⁶¹, ma anzi, forse, una proattività foriera di “successo adattivo” sul piano sociale.

In quest’ottica, dunque, le neuroscienze inducono il diritto e la giustizia penale a considerare anche il ruolo che giocano le “differenze” ambientali dove maturano le stesse psicopatie⁶².

8. L’orientamento della più recente giurisprudenza.

Le considerazioni svolte finora conducono a ritenere che un ludopatico, se commette un reato contro il patrimonio (c.d. reato predatorio) non sia punibile se, alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate dalle S.U. Raso, sia configurabile un nesso eziologico tra infermità ed il fatto di reato.

⁵⁸ Cfr. O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit.

⁵⁹ A. RAINE, *L’anatomia della violenza, le radici biologiche del crimine*, Milano, 2016, p. 207 ss., dove si cita, tra gli altri, il caso del “Phineas Gage Spagnolo”, un ragazzo che, dopo aver riportato una lesione cerebrale nel 1937, per sfuggire al nemico durante la guerra civile, condusse una vita normale grazie al contesto sociofamiliare favorevole. In tal modo si coglie, pertanto, una differenza “sostanziale” rispetto al caso del “vero” Phineas Gage, un uomo americano a capo di un’impresa di costruzioni che, nel 1848, durante i lavori di realizzazione di una linea ferroviaria rimase vittima di un grave incidente e riportò una lesione cerebrale che avrebbe mutato in peggio il suo carattere affabile (sul quale v. A. DAMASIO, *L’errore di Cartesio*, cit., p. 31 ss.).

⁶⁰ O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit., p. 39, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

⁶¹ Per uno studio critico sul fattore ambientale nello sviluppo delle psicopatie, v. R. HARE, *La psicopatia. Valutazione diagnostica e ricerca empirica*, Roma, 2009, p. 22, il quale evidenzia, tuttavia, come «per ogni adulto psicopatico che proviene da un ambiente problematico ce n’è un altro nella cui vita familiare, apparentemente, non sono mancati affetto e cure, e i cui fratelli sono persone normali e coscienti, capaci di prendersi cura degli altri. [...] Ci sono spiegazioni più profonde e sfuggenti di come e perché emerga una psicopatia».

⁶² Per un’introduzione alle psicopatie secondo una prospettiva penalistica, v. M. CANCIO MELIÁ, *Psicopatía y Derecho penal: algunas consideraciones introductorias*, in E. Demetrio Crespo (a cura di), M. MAROTO CALATAYUD, *Neurociencias y Derecho Penal*, cit., pp. 52 ss.

Qual è la posizione della giurisprudenza? La più recente casistica giurisprudenziale sposa invece una visione di netta chiusura. Ammesso che il soggetto presenti un'anomalia psichica e che tale anomalia sia riscontrata anche attraverso le moderne diagnostiche scientifiche, una cosa sarebbe la compulsione al gioco, altra l'assenza di responsabilità per il delitto contro il patrimonio. Questa impostazione si spiega, ovviamente, anche in considerazione del fatto che il reato (come evidenziato nelle c.d. neuroscienze forensi) è un fatto storico che viene ricostruito con metodo "abduktivo" nel processo, per cui non è possibile conoscere il reale "stato mentale" dell'imputato al momento del fatto⁶³.

In un caso giurisprudenziale era imputato un uomo che aveva esploso numerosi colpi d'arma da fuoco in due esercizi commerciali – dove erano presenti numerosi avventori – e danneggiato alcune *slot machines*, e che, subito dopo l'assalto, veniva fermato da una pattuglia di carabinieri.

All'esito del controllo, i militari rinvenivano una pistola con matricola abrasa, numerose munizioni e due coltelli. Quadro chiarissimo, quindi, e, difatti, all'udienza di convalida dell'arresto l'uomo «ha ammesso gli addebiti», spiegando però di «non aver voluto fare male a nessuno».

Come spiegare, allora, quell'assalto ai due esercizi commerciali? Egli ha raccontato che «aveva perso tutti i suoi guadagni e identificava in quelle macchinette la fonte dei suoi problemi».

Per i Giudici, però, la versione data dall'uomo non è sufficiente a minarne la responsabilità per il gesto compiuto. Così, prima in Tribunale e poi in Corte d'appello, venne pronunciata la condanna per «danneggiamento aggravato, detenzione e porto illegali di arma comune da sparo clandestina, porto ingiustificato di coltelli e detenzione abusiva di munizioni». E la sanzione venne fissata in «tre anni e quattro mesi di reclusione e 10mila euro di multa», con l'aggiunta del «ricovero, a pena espiata, in "Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza" per il tempo massimo di sei anni e otto mesi».

Identica visione ha adottato anche la Cassazione penale che ha confermato *in toto* la decisione di secondo grado⁶⁴.

La difesa sosteneva nel giudizio di legittimità che l'imputato era affetto da gravi patologie, quali il «disturbo dell'adattamento con umore depresso e ansia» e «ludopatia» –, e quindi non era «padrone di sé», tanto da non avere «piena contezza dell'antisocialità dell'azione» da lui compiuta.

⁶³ Cfr. P. FERRUA, *Neuroscienze e processo penale*, in O. Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, cit., p. 267, «Come ogni accertamento sullo stato mentale, anche quello delle neuroscienze documenta un fatto del presente, ossia l'attuale sussistenza di determinate anomalie capaci di annullare o diminuire la libera determinazione del soggetto, di predisporlo all'aggressività o a comportamenti asociali, di ridurre i suoi freni inibitori. Resta da stabilire se tali anomalie sussistessero anche al momento della commissione del reato e se siano effettivamente in un rapporto causale con quest'ultimo [...]. Per questa ragione vanno attentamente delimitati i quesiti da rivolgere ai periti, evitando di introdurre in essi direttamente le qualifiche giuridiche (capacità di intendere e di volere, partecipazione cosciente al processo), sulle quali è l'organo giudicante a doversi pronunciare».

⁶⁴ Cass., sez. I, n. 8633 del 22.02.2018 in www.dejure.it.

Questa tesi non ha convinto i giudici della S.C., i quali hanno rilevato che «il dolo è pienamente compatibile con il vizio solo parziale di mente» ed hanno aggiunto poi che, in questa vicenda, «la capacità di intendere e di volere dell'uomo era limitata ma non esclusa» e, comunque, «la natura dolosa dell'azione è evidente» alla luce della «dinamica dell'azione» e del «movente» dell'assalto ai due esercizi commerciali.

In un altro caso giurisprudenziale, l'imputato era un cassiere di una banca. Secondo l'istituto di credito, egli, approfittando del proprio ruolo, si sarebbe reso protagonista a più riprese di «appropriazioni di somme di denaro», così da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Questa visione è stata ritenuta corretta dai giudici, che, prima in Tribunale e poi in Corte d'appello, hanno respinto le obiezioni mosse dal lavoratore, obiezioni centrate soprattutto sulla sua presunta «ludopatia».

Su questo fronte, in particolare, i Giudici di secondo grado hanno osservato che è stata riscontrata «soltanto una ludopatia moderata», non sufficiente, quindi, a «compromettere la capacità di intendere e di volere del cassiere», che, invece, aveva comunque «un'apprezzabile capacità di controllo». Non a caso, «la condotta appropriativa veniva posta in essere», hanno osservato i giudici, «in occasione di favorevoli condizioni ambientali».

In sostanza, «il lavoratore non era soggetto ad alcun impulso ingestibile» ed «operava nella piena consapevolezza del disvalore del suo comportamento e sulla base di una valutazione razionale (“posso farlo perché nessuno mi vede”», hanno concluso i giudici d'Appello).

Anche i giudici della S. C. hanno ritenuto legittimo il licenziamento deciso dalla banca⁶⁵.

È stata pertanto respinta anche nel giudizio di legittimità la linea difensiva secondo cui il cassiere avrebbe sottratto il denaro solo a causa della ludopatia. Ciò alla luce della valutazione – corretta, secondo i Giudici della Cassazione – secondo cui va escluso il nesso tra «la dedotta ludopatia (moderata)» lamentata dal lavoratore e «la condotta consistita in ammanchi di cassa».

Impossibile, quindi, parlare anche di «incapacità di intendere e di volere» per il lavoratore, che, hanno osservato i giudici, ha «compiuto le condotte addebitategli nei momenti in cui sapeva di non essere visto o controllato dai colleghi».

9. Conclusioni in chiave critica sull'approccio “casistico” della giurisprudenza.

In giurisprudenza prevale, dunque, un approccio “casistico”, nel senso che per quanto riguarda la correlazione con l'imputabilità, vige la regola che non è sufficiente la mera “diagnosi”, ma occorre una ricostruzione rigorosa tra patologia e fatto-reato, e quindi deve essere valutata *case by case*⁶⁶.

⁶⁵ Cass., sez. Lav., ord. n. 3143 del 2018 in www.dejure.it.

⁶⁶ In dottrina, v. R. BIANCHETTI, [Disturbo da gioco d'azzardo ed imputabilità](#), cit., secondo cui «all'interno della nostra giurisprudenza penale persiste, ancor più che in ambito clinico-forense, un atteggiamento

Ferma la condivisibilità, in linea teorica, di simile approccio casistico, anche se va aggiunto che spesso la giurisprudenza confonde la capacità di volere con quella di intendere nel senso di ricavare la prima dalla seconda, occorre anche ribadire che, nei fatti, la propensione della giurisprudenza a riconoscere disturbi di personalità suscettibili di incidere sull'imputabilità, appare, invero, molto contenuta.

Emblematica, ancora, una pronuncia della Corte di Cassazione, che menzioniamo in chiusura perché da essa sembrano emergere le motivazioni vere (non giuridiche) del surriferito atteggiamento di chiusura⁶⁷. I giudici di legittimità riconoscendo a parole la validità dell'impianto delle Sezioni Unite "Raso", hanno confermato la valutazione dei giudici di merito, che avevano escluso che l'intensità del disturbo fosse tale da incidere sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato. A sostegno di questa conclusione, essi, non a caso, hanno revocato in dubbio l'affidabilità scientifica dei nuovi saperi⁶⁸. Inoltre affermano che i «disturbi classificati (in sede diagnostica e scientifica) del comportamento e del funzionamento psichico – le psicopatie – [...] in massima parte prescindono, come è invece per le neuroscienze, da studi sulle componenti organiche e biochimiche cerebrali quali fattori potenzialmente incidenti su sfere cognitive o volitive dell'individuo»⁶⁹. Sembrano, insomma, giungere alla paradossale conclusione che, se il disturbo possiede origine organica, non rileverebbe penalisticamente, e che l'imputabilità possa essere esclusa o ridotta solo se il disturbo sia di carattere meramente psicologico.

In tal modo, tuttavia, gli stessi giudici mostrano di travisare il senso dell'intervento a Sezioni Unite del 2005 e, soprattutto, di sottovalutare la portata potenzialmente tipizzante delle nuove tecniche diagnostiche che, come rilevato, promettono, almeno in prospettiva, una maggiore oggettività del giudizio, proprio mediante un (parziale) aggancio al paradigma organicistico. Ciò dimostra che ancora molta strada va percorsa per "realizzare" una visione "multilevel"⁷⁰, di scambio integrato tra saperi. E chissà che, alla fine di quella strada, assunta rilievo, altresì, una perizia criminologica, oggi, come noto, vietata (*ex art. 220 c.p.p.*)⁷¹, se non in sede esecutiva, e

estremamente prudente, se non addirittura scettico, nei confronti del gioco d'azzardo patologico, soprattutto nel momento in cui questo possa essere riconosciuto incidente, in quanto costituente condizione di infermità, sulle funzioni dell'intendere e/o del volere del singolo soggetto».

⁶⁷ Cass., sez. I, 12.06.2018, n. 26895, in *Giur. it.*, gennaio 2019, p. 174 ss., con nota di C. GRANDI, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*.

⁶⁸ Cfr. O. DI GIOVINE, *Chi ha paura delle neuroscienze?* in *Arch. pen. (web)*, 3, 2011, p. 10, secondo cui proprio l'interazione del diritto penale con altri saperi (come le neuroscienze), potrebbe «umanizzare il diritto penale»; B. MAGRO, *Scienze e scienza penale. L'integrazione tra incommensurabili nella ricerca di un linguaggio comune*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2019, p. 36, la quale giustamente osserva che «se il diritto aspira ad essere una scienza, non può sottrarsi al duro compito di confrontarsi con saperi incommensurabili, distanti, eccentrici».

⁶⁹ C. GRANDI, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica*, cit., p. 176.

⁷⁰ In questo senso, A. MANNA, *Diritto penale e neuroscienze: un'introduzione*, in O. Di Giovine (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, cit., p. 10.

⁷¹ Cfr. L. SANTA MARIA, [Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancor giovani e una metafisica troppo antica](#), in questa *Rivista*, 19 dicembre 2017, p. 4, il quale osserva, in senso critico, che «Il diritto penale tradisce la mancanza d'interesse per l'uomo quando vieta che nel processo il giudice possa disporre una perizia sul carattere e sulla personalità dell'uomo. Perché questo divieto? L'uomo è il suo carattere e la sua personalità».



9/2019

“calibrata” sul funzionamento del cervello e dei fattori ambientali che concausano disturbi ossessivo-compulsivi come la ludopatia⁷².

Perché il diritto espelle l'uomo dal processo che si celebra contro di lui? Che cosa il Giudice può comprendere della condotta de Reo, che è ancora un uomo, se con violenza non solo simbolica, strappa quell'azione dal contesto biografico, psicologico e sociale, in cui l'uomo con l'azione divenne anche reo? Perché? Incontriamo la cattiva coscienza del diritto penale? L'unica ragione di codesto divieto – che non è la favola del diritto penale liberale imperniato sul fatto e non sull'uomo – è la piena consapevolezza del pericolo che la colpevolezza si disintegri o si scioglia come neve al sole, se l'uomo potesse spiegare e il giudice ascoltare che cosa poteva realmente fare e che cosa no e perché. Il divieto di perizia sul carattere e sulla personalità dell'uomo c'è dal 1988. L'alibi dell'uomo secondo Rocco e il fascismo non regge più. D'altra parte l'alibi – che non a caso nessuno ha mai invocato – è inconsistente, per la ragione banale che, malgrado il refrain del diritto penale liberale, il diritto penale è ancora il diritto penale fascista e noi non lo abbiamo ancora cambiato».

⁷² Nella prospettiva (futuristica, è ovvio) in cui le neuroscienze mantengano le loro promesse di maggiori certezze, tutto ciò comporterebbe una diagnosi realmente personalizzata, e ciò – va detto – potrebbe determinare una restrizione degli spazi di responsabilità penale, con conseguente (eccessivo?) sacrificio della tenuta generalpreventiva del sistema penale. Cfr. O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale*, cit., p. 51