

Paolo Marchetti

**Diritto penale e scienze umane.  
Un problema di identità tra vecchie e nuove contaminazioni\***

*Criminal law and human sciences.  
A problem of identity between old and new contaminations*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Crimine e follia – 3. Il diritto penale e la scoperta dell'Inconscio – 4. L'«uomo delinquente» e le ipotesi deterministiche – 5. Il diritto penale del nemico – 6. Diritto penale e neuroscienze: un ritorno non sorprendente.

ABSTRACT: Science and law (particularly criminal law) are premised on a concept of human being. For a long period of history, both disciplines shared the same anthropological vision. Beginning in the 19th century this certainty gradually underwent a crisis, driven by the 'discoveries' of the nascent sciences of psychiatry and psychology. This article not only explores the reasons for this progressive divergence, but also the influences that have enabled the articulation of certain legal discourses far removed from the liberal tradition of penal law: from Lombroso's hypothesis of the born criminal to those linked to a new vision of the human psyche, or more recently, from the issue of the criminal law of the 'enemy' to the possible use of neuroscience (and now of artificial intelligence) for penal purposes.

KEYWORDS: History of criminal law, Human sciences and criminal law, From Lombroso to neuroscience.

---

\* Il saggio, per le sue caratteristiche metodologiche, è stato sottoposto a valutazione da parte della redazione.

## 1. *Introduzione*

Ci sono saperi, in particolare quelli tecnici, in cui il senso degli enunciati assume un valore in sé. Un valore, cioè, completamente svincolato dalle caratteristiche che si attribuiscono al soggetto che formula tali enunciati. Esistono altri saperi, in generale tutte le scienze umane e sociali, all'interno dei quali ogni affermazione risulta strettamente correlata alla visione antropologica che tali saperi presuppongono. La legge di gravitazione universale, in altre parole, continua ad essere vera, indipendentemente dall'idea che si ha di essere umano. Al contrario, un'adeguata terapia nei confronti di una malattia non può che avere, come proprio presupposto, una visione dell'uomo, del funzionamento del suo corpo e della sua psiche, che ne garantisca l'efficacia.

Da questo punto di vista il sapere giuridico non fa sicuramente eccezione. Certo, ci sono ambiti del diritto dove tale aspetto è meno visibile. Ma se si presta attenzione, anche situazioni apparentemente connotate dai caratteri della più rigorosa tecnicità, come ad esempio le cause di nullità di un contratto, non possono non far riferimento, nella loro declinazione, a una visione dell'essere umano che il diritto, in qualche modo, presuppone. L'ipotesi, ad esempio, di una volontà coartata, al punto tale da togliere valore giuridico a qualsiasi disposizione fatta in tali condizioni, implica l'accettazione dell'idea che, in una situazione di normalità, le persone siano dotate di una capacità decisionale libera di orientarsi verso qualsiasi risultato desiderato.

Tra i vari settori del diritto quello che maggiormente si presta ad essere letto in questa chiave è senza dubbio il diritto penale. Qui, più che altrove, è chiaro che ogni considerazione relativa al senso della sanzione e, soprattutto, alla sua efficacia non possa prescindere da una visione di essere umano assunta in via preliminare dallo stesso diritto.

D'altra parte, come ha magistralmente dimostrato Michel Foucault, le proposte di riscrittura del diritto penale avanzate dai riformatori illuministi (da Jeremy Bentham a Cesare Beccaria) riuscirono a imporsi non tanto, o non solo, in virtù dei principi di umanità e moderazione posti a loro fondamento, ma anche in ragione della migliore efficacia repressiva che tali autori attribuivano ai propri progetti<sup>1</sup>. Un'efficacia repressiva che, in qualche misura, si legava a un'idea della condotta umana di tipo 'macchinico', in cui i calcoli costi/benefici erano alla base della scelta delle condotte da tenere e che la scienza della fine del XVIII secolo sembrava aver fatto propria.

---

<sup>1</sup> M. Foucault, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 1976 (ed. or. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975).

Il diritto penale, quindi, ha da sempre (perlomeno dal momento in cui, a partire dal tardo medioevo, ha iniziato ad articolarsi come disciplina) intrattenuto un rapporto con le scienze dell'uomo e con le filosofie che dell'essere umano hanno provato a descrivere il funzionamento e la natura. Quanto questo legame ne abbia condizionato la fisionomia (sino al punto di minacciarne radicalmente l'identità) è una questione che si cercherà di approfondire in queste pagine<sup>2</sup>.

## 2. *Crimine e follia*

Per lungo tempo la scienza medica e quella giuridica hanno condiviso la medesima visione dell'essere umano. Per entrambi questi saperi, infatti, il comportamento di ogni persona era nient'altro che il frutto di una deliberazione cosciente, di un atto volitivo libero nel suo dirigersi verso un risultato piuttosto che un altro. Solo nei rari casi in cui l'insorgenza di una malattia avesse compromesso l'integrità della ragione di un individuo, il suo comportamento doveva essere considerato sottratto alla signoria del proprio volere. E per questo motivo, nessun rimprovero poteva essere sollevato nei confronti di chi, colpito da una malattia mentale, avesse commesso un'azione *contra jus*.

In realtà, nell'ambito del diritto comune, la questione veniva risolta in maniera più articolata. Il giudice, infatti, aveva la possibilità di graduare la pena (ricorrendo ad una *poena extraordinaria*) in ragione della gravità del *furor*, così come poteva infliggere la pena astrattamente prevista nell'ipotesi di crimini reputati di una gravità eccezionale<sup>3</sup>. Ma al di là di queste scelte specifiche, dettate da ragioni di opportunità, nessuno sembrava mettere in discussione una concezione dell'essere umano inteso come essere governato dalla propria ragione e volontà.

Nel corso del XIX secolo questa visione antropologica, condivisa da medicina e diritto, si ruppe, seguendo almeno due linee di frattura. Da una parte, infatti, alcuni uomini di scienza (tra i quali Cesare Lombroso appare sicuramente come il più famoso) iniziarono a insistere in maniera crescente su ipotesi di tipo deterministico<sup>4</sup>. Le condotte umane (compreso il crimine) non erano, a

---

<sup>2</sup> Alcuni dei temi affrontati in questo scritto sono presenti in P. Marchetti, *Diritto e scienza. La fragile identità del penalista tra vecchie e nuove contaminazioni*, in «La giustizia penale», CXXV (2020) 4, pp. 119-127.

<sup>3</sup> Sul punto si veda M. Boari, *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano 1983, in particolare pp. 80 ss.

<sup>4</sup> Per dei brevi riferimenti biografici su Cesare Lombroso si rinvia a P. Marchetti, *Cesare Lombroso*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Ottava appendice, *Diritto*, Roma 2012, pp. 366-379. In generale, su Cesare Lombroso e le sue

loro avviso, il frutto di una libera scelta, quanto piuttosto di un destino già tracciato, in ogni individuo, sin dalla nascita. Dall'altra, iniziò a essere messa decisamente in discussione l'idea che le azioni degli uomini fossero il risultato di scelte consapevoli, essendo la coscienza nient'altro che un'istanza psichica fortemente condizionata da altre forze del tutto sottratte al dominio dell'Io<sup>5</sup>.

Queste idee (che ebbero una notevole circolazione in ambito scientifico alla fine del XIX secolo) sembravano effettivamente non più in linea con una visione dell'essere umano inteso come sostanzialmente libero nell'effettuare le proprie scelte. La condizione di 'costrizione' (in precedenza riconosciuta in ipotesi particolari, come la follia) più che l'eccezione appariva, ora, la regola. E in questo senso l'idea della sanzione penale intesa come rimprovero conseguente a una scelta errata, si presentava come priva del proprio aggancio antropologico.

Ci si potrebbe chiedere quando cominciò a delinarsi questa divaricazione tra scienza e diritto penale. A voler seguire il suggerimento di Michel Foucault, l'inizio di una tale diversità di vedute andrebbe ricercata nel momento in cui la nascente alienistica, alla fine del Settecento, pretese di unificare il discorso sulla follia<sup>6</sup>. Per tutto l'antico regime, infatti, la follia aveva conosciuto due differenti trattamenti. Da una parte essa aveva continuato ad essere indagata dalla medicina come patologia; e in questa veste continuava a essere considerata all'interno delle aule dei tribunali. Dall'altra, in particolare a partire dall'inizio del XVII secolo, era stata colpita, assieme a una serie di altre condotte irregolari, da quella pratica che storicamente prende il nome di 'grande internamento'. In questo secondo caso, il giudizio sulla reclusione di un individuo, essendo legato a una valutazione di carattere amministrativo, privava sia il medico che il giudice di un qualsiasi ruolo nel definire il destino di colui il cui comportamento veniva considerato mosso da una sorta di perversione del carattere.

---

teorie si vedano D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, Torino 2003; M. Gibson, *Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano 2004 (ed. or. *Born to crime. Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology*, Westport (Conn.)-London 2002), E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato. Devianza libero arbitrio, imputabilità tra antiche chimere ed inediti scenari*, Milano 2012.

<sup>5</sup> Sulla nascita della psichiatria dinamica si rinvia al classico lavoro di H.F. Ellenberger, *La scoperta dell'inconscio. Storia della psichiatria dinamica*, 2 voll., Torino 1976 (or. ed. *The Discovery of the Unconscious. The History and Evolution of Dynamic Psychiatry*, New York 1970). Sul tema della responsabilità penale, indagata su base psicoanalitica, si veda il noto libro di Guglielmo Gulotta, il quale propende per una visione dell'essere umano (anche da un punto di vista psicoanalitico) come essere dotato di un certo margine di libertà di azione (G. Gulotta, *Psicoanalisi e responsabilità penale*, II ed., Milano 2005).

<sup>6</sup> M. Foucault, *Storia della follia*, Milano 1980, in particolare pp. 130 ss. e 376 ss. (ed. or. *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris 1961).

Quando nel 1793 Philippe Pinel ‘libererà’, all’asilo di Bicêtre, i malati di mente, separandoli dalla massa degli internati, non ‘scoprirà’ la follia, ma cercherà di annettere al dominio della scienza medica una serie di soggetti che per lungo tempo le erano stati sottratti. Soggetti la cui condotta antisociale veniva, all’epoca, legata ad una cattiva disposizione del loro animo, piuttosto che al colpo inferto in maniera imprevedibile da una natura matrigna.

In questo contesto, le nuove categorie nosografiche elaborate dagli allievi di Pinel, Jean-Étienne Dominique Esquirol in testa, cercheranno di comprendere al loro interno anche nuove patologie, difficili da qualificare alla stregua di vere e proprie lesioni della ragione<sup>7</sup>. Figure cliniche come la monomania (in particolare quella omicida) costituiranno il punto di non ritorno della divaricazione tra la scienza medica e il diritto penale. Il problema sarà quello di stabilire come comportarsi nei confronti dei soggetti affetti da queste patologie, apparentemente dotati di ragione, ma in realtà incapaci di sottrarsi a una forza che si imponeva alla loro volontà e li costringeva a ripetere senza sosta gesti considerati dalla legge come reati.

Lo ‘scandalo’ provocato dal riconoscimento di tali patologie non risiedeva nel dichiarare l’esistenza di folli capaci di commettere azioni criminali (la cui esistenza era stata da sempre riconosciuta), quanto piuttosto nell’indicare come folli soggetti che, almeno in apparenza, non lo erano affatto, poiché la loro ragione si mostrava integra. Più che la ragione, era la volontà che sembrava loro difettare. Certo, anche in precedenza per quanto riguarda i folli si era parlato di una volontà disturbata. Ma il dato era da sempre stato legato a uno sfaldamento della ragione. Una ragione vacillante non poteva che produrre una volontà incapace di determinarsi liberamente. Ora, quello che si constatava in alcuni soggetti era l’esistenza di una ragione integra e di una volontà malata (come nell’esempio dei monomaniaci).

Il linguaggio della medicina e del diritto, da questo momento in poi, iniziò a differenziarsi. Il tentativo di evitare che il riconoscere l’esistenza di una malattia mentale potesse condurre, in ogni caso, alla liberazione di un imputato, portò le legislazioni penali dei vari paesi europei a fare uso di diversi *escamotage*, come l’introduzione della nozione di semi responsabilità. Una condizione, questa, in cui si riconosceva che le facoltà mentali di un soggetto erano in qualche modo diminuite, ma non del tutto scemate. La constatazione di una simile situazione avrebbe così condotto a una pena minore, ma non alla completa liberazione dell’imputato. La nozione di semi responsabilità, in ogni caso, faticò a essere riconosciuta pienamente dalla psichiatria dell’epoca, la quale, nel corso del XIX

---

<sup>7</sup> E. Esquirol, *Des maladies mentales*, 2 voll., Paris 1838, in particolare il secondo volume nel quale la descrizione nosografica dei disturbi mentali inizia proprio dalla monomania.

secolo iniziò a propendere per una visione della follia intesa come affezione generale dell'intelletto<sup>8</sup>.

La difficoltà di coniugare la nozione di responsabilità penale a questa nuova visione della malattia mentale portò i legislatori ottocenteschi a utilizzare sempre meno formule che la chiamavano in causa<sup>9</sup>. Gli articoli relativi alla imputabilità dei processati iniziarono così a concentrarsi in maniera crescente sul dato della capacità di discernimento. Questo fatto determinò più di una perplessità da parte della psichiatria, la quale si vedeva chiamata a esprimersi su un tema sfuggente e controverso. In altre parole, ciò che veniva richiesto in questi casi al medico-perito in tribunale non era solo di riconoscere un disturbo psichico, ma anche di valutare quanto questa malattia potesse aver inciso sulla capacità di elezione dell'imputato. Un fatto, questo, veramente difficile da dimostrare sul piano scientifico e legato ad apprezzamenti all'interno dei quali una componente soggettiva del giudizio giocava un ruolo fondamentale<sup>10</sup>.

### 3. *Il diritto penale e la scoperta dell'Inconscio*

Si è scritto poco fa come le linee di frattura tra la visione dell'essere umano avanzata in ambito scientifico e quella propria del diritto penale seguirono due direzioni. Da una parte, in ambito psicologico, si fece sempre più strada l'idea

---

<sup>8</sup> M. Foucault, *Gli anormali, Corso al Collège de France (1974-1975)*, Milano 2007, pp. 142-143 (ed. or. *Les anormaux. Cours au Collège de France 1974/1975*, Paris 1999).

<sup>9</sup> In tema di imputabilità un'ampia ricognizione storica, a partire dalle codificazioni di area italiana del XIX secolo, è stata fatta di recente da S. D'Amato, *Imputabilità, vizio di mente e responsabilità. Questioni dommatiche, empiriche e politico-criminali*, Torino, 2025. Sul punto si veda anche E. Dezza, *Imputabilità e infermità mentale: la genesi dell'articolo 46 del Codice Zanardelli*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXI (1991) 1, pp. 131-158 (poi in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano 1992, pp. 281-316).

<sup>10</sup> Queste perplessità erano evidenziate da uno dei più noti psichiatri italiani di fine Ottocento, Augusto Tamburini, a margine di un processo celebrato nei confronti dell'ultimo dei grandi briganti meridionali, Giuseppe Musolino. Le opinioni di Tamburini sono raccolte in A. Tamburini, *Il processo Musolino e le perizie psichiatriche*, in «Rivista sperimentale di Freniatria», XXVIII (1902) 2-3; l'articolo fu pubblicato anche in appendice a M.L. Patrizi, *La fisiologia di un bandito (Musolino)*, Torino 1904, pp. 216-219). Tra i motivi che i periti intervenuti nel processo avevano considerato per valutare la capacità intellettuale di Musolino c'era anche la sua origine 'razziale'. Sul tema del rapporto tra razza e delinquenza nella criminologia di fine Ottocento si rinvia a P. Marchetti, *Race and crime. A late nineteenth century Italian debate*, in «Historia et ius», paper 10, VI (2014), pp. 1-9 (il saggio è comparso in lingua italiana Id., *Razza e criminalità. Un dibattito italiano di fine Ottocento*, in *Questione criminale e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, in L. Lacchè-M. Stronati (curr.), Macerata 20014, pp. 127-140). Sul processo a Giuseppe Musolino si veda P. Marchetti, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, in «Psicologia e giustizia», XII, (2012) 2, pp. 1-14.

che il comportamento delle persone fosse fortemente condizionato da istanze psichiche inconscie (anche in condizioni non patologiche), sottratte al dominio dell'Io cosciente; dall'altra, nel contesto della scienza psichiatrica, si iniziò a concepire la condotta umana, in particolare nelle sue manifestazioni più aberranti, come il frutto di una sorta di predestinazione.

Per quanto riguarda il primo punto, lo spodestamento della coscienza, della volontà individuale, nell'ambito degli studi medico-psicologici era avvenuta ben prima che Sigmund Freud dichiarasse in maniera definitiva che l'Io non è padrone in casa propria<sup>11</sup>.

Le prime ricerche sullo sdoppiamento della personalità condotte dal medico bordolese Eugène Azam a partire dagli anni settanta del XIX secolo, ad esempio, mostravano come potessero esistere vaste sfere della condotta di un individuo sottratte al controllo della sua coscienza<sup>12</sup>. E Azam stesso non poteva che interrogarsi sulle implicazioni che situazioni di questo genere potevano avere in ambito giudiziario. La domanda rivolta a diversi uomini di legge di Bordeaux circa la responsabilità penale di un soggetto che avesse commesso un reato nella sua personalità seconda, come allora si diceva, rimase in realtà priva di una risposta univoca e senza incertezze<sup>13</sup>.

Il caso di Felida, la ragazzina seguita da Azam quasi per l'intero percorso della sua vita (per aprire una piccola parentesi sulla letteratura romanzesca di fine Ottocento), si potrebbe trovare all'origine, almeno per quanto sostenuto dalla moglie Fanny Osburn<sup>14</sup>, di quella sorprendente invenzione letteraria che è *Lo strano caso del dottor Jekyll e del signor Hyde* di Robert Louis Stevenson. D'altra parte Stevenson (che era un avvocato, anche se in vita sua difese una sola causa, perdendola), si pose proprio il problema della responsabilità morale e legale del dottor Jekyll rispetto alle malefatte del suo alter Ego, il signor Hyde. E la risposta data sulla questione dallo scrittore scozzese sembra trasparire dalle parole fatte dire allo stimato dottor Jekyll: «In fin dei conti era Hyde, e Hyde soltanto,

<sup>11</sup> Sulla rilevanza 'antropologica' di questa affermazione freudiana si veda M. Recalcati, *Le nuove melanconie. Destini del desiderio nel tempo ipermoderno*, Milano 2019, pp. 147 ss.

<sup>12</sup> J. Carroy, *Entre mémoire et oubli: les deux vies de Félicité*, in «Revue internationale de psychopathologie», V (1992), pp. 73-80 e P. Marchetti, «Perchance to dream». *Personality modifications and criminal liability: a nineteenth-century debate between psychiatry and law*, in «Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies», XIX (2015) 2 pp. 77-91.

<sup>13</sup> P. Marchetti, *L'Inconscio in tribunale. Azioni incoscienti e diritto penale. Da Charcot alle neuroscienze*, Milano 2014, pp. 18-19.

<sup>14</sup> F. Osbourne Stevenson, *Prefatory Note a Robert Louis Stevenson, The Strange case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde: Fables, Other Stories and Fragment*, London 1924, pp. XV-XVIII, ristampa della prima edizione pubblicata da Charles Scribner's Sons.

il colpevole di tutto, Jekyll non diventava certamente peggiore a causa dell'altro»<sup>15</sup>.

Ma le strane patologie della personalità che emergono alla fine del XIX secolo non sono le uniche a far vacillare la fede sino ad allora riposta sul dominio incontrastato della coscienza nell'ambito del governo delle condotte umane. Gli studi sull'ipnosi, riportati in auge da Jean-Martin Charcot a Parigi, mettevano in luce una sfera della psiche umana facilmente condizionabile da esperti manipolatori. Un condizionamento che avrebbe potuto portare il soggetto ipnotizzato a compiere, su comando dell'ipnotizzatore, azioni di cui poi non avrebbe serbato memoria<sup>16</sup>.

A poco più di trecento chilometri da Parigi, e cioè a Nancy, un gruppo di studiosi (medici e giuristi) iniziarono ad approfondire, negli stessi anni di Charcot, non solo le implicazioni mediche dell'ipnosi, ma anche quelle giudiziarie. A questo proposito venivano condotti esperimenti in cui ad alcuni soggetti ipnotizzati si ordinava di commettere un reato. Certo, si trattava di 'crimini di laboratorio' (come si diceva all'epoca), ai quali collaboravano, in una splendida messa in scena teatrale, anche magistrati e poliziotti. Ma l'impressione che tali esperimenti suscitavano presso l'opinione pubblica dell'epoca fu enorme. Soprattutto nel caso si fosse trattato non di 'crimini' commessi sotto l'effetto diretto del comando ipnotico, ma di azioni compiute a distanza di tempo; giorni, o addirittura settimane. La cosa che accomunava questi esperimenti era il fatto che i soggetti coinvolti, una volta compiuto il misfatto, cercavano di giustificarlo dando una motivazione plausibile al loro operato; compiendo in questo modo una sorta di razionalizzazione a posteriori, capace di far apparire l'azione commessa come il frutto di una scelta deliberata e non la conseguenza di un comando insufflato surrettiziamente nella mente dell'ipnotizzato da un abile manipolatore mentale.

Le opinioni sulla capacità della suggestione ipnotica di imporsi sulla volontà del 'paziente' non erano concordi. Charcot e i suoi seguaci negavano che l'ipnotizzato fosse un semplice automa nelle mani dell'ipnotizzatore<sup>17</sup>. Il neurologo Hippolyte Bernheim e la sua scuola a Nancy (compreso l'avvocato e professore

---

<sup>15</sup> R.L. Stevenson, *Lo stano caso del dottor Jekyll e del signor Hyde*, trad. it., Milano 2017, p. 98.

<sup>16</sup> J.M Charcot, *Physiologie pathologique. Sur les divers états nerveux determines par l'hypnotisation chez les hystériques*, in «Comptes-rendus hebdomadaire des séances de l'Académie des Sciences», XCIV (1882), pp. 403-405 e Id., *Hypnotism and crime*, in «Forum of New York», IX (1890), pp. 159-168.

<sup>17</sup> In particolare G. Gilles De La Tourette, *L'Hypnotisme et les états analogues au point de vue médico-légal*, Paris 1887.

universitario Jules Liégeois), lo sostenevano con forza<sup>18</sup>. Al di là delle polemiche tra queste due scuole che occuparono articoli di riviste e libri per anni<sup>19</sup>, quello che qui interessa è sottolineare il fatto che ulteriori dubbi, sul piano scientifico, si addensavano sull'assunto che le persone fossero guidate nel loro agire da sole forze coscienti. Erano gli anni, questi, della nascita della psichiatria dinamica. Una psichiatria che metteva in luce come all'interno di ogni individuo, sano o malato che fosse, convivevano forze psicologiche contrastanti. E le azioni umane erano nient'altro che il risultato del confronto e dello scontro tra queste forze. Una lotta che assai spesso sfuggiva alla signoria dell'Io cosciente<sup>20</sup>.

Il tema del delitto in ipnosi e della forza della suggestione non tardò ad uscire dal dibattito scientifico per entrare nelle aule dei tribunali. Sono numerosissimi i processi che furono celebrati nelle corti di giustizia di tutta Europa all'interno dei quali veniva chiamata in causa la forza della suggestione. Sia come strumento utilizzato per indebolire le difese della vittima (nel caso soprattutto di crimini a sfondo sessuale), sia come mezzo volto a far commettere un delitto a un soggetto soggiogato dalla volontà di una terza persona. Si tratta di processi memorabili, *cause célèbres*, come il famoso caso Gouffé, nel quale esponenti della scuola di Charcot e di Bernheim scesero in campo, come periti, per sostenere le contrapposte tesi dei loro maestri<sup>21</sup>.

Anche in ambito letterario diversi scrittori non tardarono ad utilizzare l'espediente narrativo del crimine in ipnosi per dare alle stampe romanzi di immediato e sicuro successo. Romanzi oggi quasi dimenticati, come *Jean Mornas*, opera del narratore e giornalista francese Jule Claretie (uscito più o meno contemporaneamente a *Lo stano caso del dottor Jekyll e del signor Hyde*). Un libro che godette, all'epoca, di un'enorme popolarità e che conobbe decine di ristampe<sup>22</sup>.

Il tema della suggestione ipnotica, sul finire del XIX secolo, ebbe una formidabile diffusione e le sue implicazioni, nel campo del diritto penale, toccarono ambiti decisamente imprevedibili. Basti ricordare, a questo proposito, il giovanissimo allievo di Enrico Ferri, Scipio Sighele, che nel 1891, poco più che

---

<sup>18</sup> H. Bernheim, *De la suggestion dans l'état hypnotique et dans l'état de veille*, Paris 1884; Id., *Les suggestions criminelles*, in «Revue de l'hypnotisme», IV (1889-189), pp. 260-267 e 293-301; J. Liégeois, *De la suggestion et somnambulisme dans leurs rapports avec la jurisprudence et la médecine légale*, Paris 1889.

<sup>19</sup> Sulla disputa tra la scuola di Charcot e quella cosiddetta di Nancy, si veda P. Marchetti, *L'Inconscio in tribunale*, cit., pp. 35 ss.

<sup>20</sup> H.F. Ellenberger, *La scoperta dell'inconscio. Storia della psichiatria dinamica*, cit.

<sup>21</sup> Su l'*affaire Gouffé* e i numerosi processi celebrati in Europa alla fine del XIX secolo nei quali veniva chiamata in causa l'ipnosi si veda P. Marchetti, *L'Inconscio in tribunale*, cit., pp. 74 ss.

<sup>22</sup> J. Claretie, *Jean Mornas*, Paris 1885.

ventenne, dava alle stampe la sua prima monografia, e cioè *La folla delinquente*<sup>23</sup>, nella quale metteva a frutto proprio la nozione di ipnosi collettiva per spiegare il comportamento di individui che all'interno di una folla in tumulto commettevano reati dei quali, in altre circostanze, non si sarebbero mai macchiati<sup>24</sup>.

#### 4. L'«uomo delinquente» e le ipotesi deterministiche

Il secondo versante sul quale si consumò la frattura tra l'idea di essere umano proposta dalla scienza (o almeno da una sua parte) e il diritto penale fu quello dell'uomo delinquente. L'idea del crimine come destino non è sicuramente frutto della riflessione di un solo autore. Ma l'associare questa ipotesi relativa alla eziologia del crimine al medico e psichiatra Veronese Cesare Lombroso è un'operazione quasi automatica. In effetti Lombroso contribuì non poco alla sua diffusione all'interno della comunità scientifica e dell'opinione pubblica di fine Ottocento e, in forma autocelebrativa, non si sottrasse mai dalla tentazione di attribuirsi il merito di questa 'geniale' scoperta. C'è un'affermazione, riproposta in diverse occasioni da Lombroso, che rende evidente questa sua ambizione. Si tratta di una frase pronunciata dal medico veronese in occasione del VI *Congresso internazionale d'antropologia criminale*, tenuto a Torino nel 1906<sup>25</sup>, e successivamente riportata dalla figlia Gina, nella biografia dedicata al padre<sup>26</sup>.

Tutto a un tratto, in un mattino di una triste giornata di dicembre, ho trovato nel cranio di un brigante una lunga serie di anomalie atavistiche [...]. Alla vista di quelle anomalie mi apparve tutto ad un tratto, come una larga pianura sotto un infiammato orizzonte, risolto il problema della natura e dell'origine del delinquente: i caratteri degli uomini primitivi e degli animali inferiori si dovevano riprodurre sino ai nostri giorni.

Il tono epico della narrazione, come appena detto, fa presagire una certa voglia di autocelebrazione da parte di Lombroso, il quale offre, dell'episodio, varie versioni non sempre perfettamente consonanti. Quello di cui si è sicuri è il fatto che Lombroso nell'esaminare il cranio di un tal Giuseppe Villella, un malvivente calabrese, pensava di aver dato finalmente risposta ad uno degli interrogativi che avevano appassionato il genere umano, almeno da Caino in poi,

<sup>23</sup> S. Sighele, *La folla delinquente*, Torino 1891.

<sup>24</sup> Sul tema della folla delinquente si veda P. Marchetti, *Scipio Sighele and the responsibility of the criminal crowd*, in «Historia et ius», XVIII, paper 10 (2020), pp. 1-10.

<sup>25</sup> C. Lombroso, *Discours d'ouverture*, in *Comptes-rendus du VI<sup>e</sup> Congrès international d'anthropologie criminelle*, Turin 28 Avril-3 Mai 1906, Torino 1908, p. XXXII.

<sup>26</sup> G. Lombroso Ferrero, *Cesare Lombroso. Storia della vita e delle opere*, Bologna 1921, pp. 130-131

e cioè: per quale ragione alcuni individui erano portati a non rispettare le regole del vivere civile? Quale forza li spingeva a uccidere, rubare, utilizzare la violenza per raggiungere i loro scopi?

La risposta avanzata da Lombroso alla comunità scientifica di fine Ottocento sembrava rivoluzionaria, anche se di una sconcertante semplicità. C'erano individui, sosteneva il medico veronese, il cui stadio di sviluppo si era arrestato a quello degli esseri primitivi, soggetti animaleschi nel carattere, e non ancora toccati dalla civiltà. Il loro comportamento, in questo modo, veniva influenzato da tale condizione di esseri di natura, insensibili alle regole della morale e del vivere civile. Questa sconvolgente conclusione, sosteneva Lombroso, gli era venuta in mente proprio dall'osservazione del cranio del brigante Villella, che denotava una sorprendente anomalia, e cioè la presenza di una fossetta occipitale mediana. Caratteristica, questa, tipica del cranio di alcuni animali, come i lemuri e diverse scimmie, ma non degli esseri umani.

L'origine 'atavistica' del comportamento criminale, messa in circolazione da Lombroso, non può certo dirsi del tutto originale<sup>27</sup>. Nel clima del positivismo tardo ottocentesco le scienze dell'uomo, facendo un uso non sempre consapevole e corretto delle teorie evoluzioniste darwiniane, stavano da tempo elaborando l'ipotesi che fossero proprio fenomeni individuali e collettivi di origine regressiva a determinare il decadimento morale sia di singoli individui, sia di più vasti aggregati sociali<sup>28</sup>. La proposta lombrosiana, però, si mostrava innovativa quando pretendeva di leggere il fenomeno criminale (ma più in generale tutti gli atteggiamenti devianti) attraverso questa chiave interpretativa.

Nel corso dei decenni Lombroso fu costretto ad abbandonare tale visione univoca del comportamento criminale<sup>29</sup>. E questo anche per venire incontro alle obiezioni mossegli da alcuni dei suoi stessi allievi, come ad esempio Enrico Ferri. Ma per quanto il medico veronese cercò di rendere più articolato il quadro, introducendo variabili esplicative come la follia morale o l'epilessia, l'idea

---

<sup>27</sup> Sul punto, in particolare, si veda D. Frigessi, *Cesare Lombroso*, cit. pp. 81 ss.

<sup>28</sup> D. Pick, *Volti della degenerazione, una sindrome europea 1848-1918*, Firenze 1999 (ed. or. *Faces of Degeneration. A European Disorder 1848-1918*, Cambridge 1989).

<sup>29</sup> Come sostiene Silvano Montaldo, Lombroso, nonostante alcuni aggiustamenti all'interno del suo discorso sull'eziologia del delitto, «era lungi dal credere che il crimine fosse un prodotto della società. Nella sua visione, la delinquenza aveva sì un'origine multifattoriale, ma il portato biologico per lui rimase sempre l'elemento fondamentale, la struttura che condizionava l'assetto sociale e ogni sua manifestazione» (S. Montaldo, *Il giovane apprendista e il vecchio maestro: Fernando Ortiz e Cesare Lombroso*, in *Italia e Cuba / Cuba e Italia: incontri e nuove identità (secoli XV-XXI)*, in L. Gaffuri-S. Guerra Vilaboy-A. Trisciunglio (curr.), Torino 2023, p. 328).

atavistica rimase sempre al centro dell'antropologia criminale di matrice lombrosiana.

Sulla spinta delle numerose critiche che gli furono rivolte, sia in ambito nazionale che internazionale<sup>30</sup>, Lombroso, nel corso degli anni, si adoperò per rendere meno rigida la linea di separazione tracciata tra delinquenti ed onesti, introducendo figure come quella del criminale d'occasione o del criminaloide che sembravano rappresentare una regione di confine posta al margine delle due contrapposte tendenze morali. A ben guardare, però, negli scritti del medico veronese l'idea che alcuni tratti antropologici, anche se minimi, differenziassero la struttura fisico-psichica dell'uomo onesto da quello criminale non scomparve mai del tutto<sup>31</sup>.

Come detto poco fa, le idee di Lombroso non germogliavano dal nulla. Basti pensare al famosissimo psichiatra inglese Henry Maudsley, suo coetaneo, nei cui lavori è costantemente ribadita questa visione dell'alterazione mentale come destino di alcuni individui<sup>32</sup>. A scorrere le riviste di psichiatria di fine Ottocento (in particolare il prestigioso «Archivio di psichiatria» diretto dallo stesso Cesare Lombroso<sup>33</sup>), non è difficile trovare un'infinità di ricerche scientifiche, condotte da stimatissimi medici dell'epoca, tese a rinvenire i tratti fisici differenziali tra l'uomo normale e quello anormale. Il moto di ilarità che al giorno d'oggi suscita la lettura dei titoli degli articoli che ne presentavano i risultati di fronte alla comunità scientifica e al pubblico dei lettori specializzati non deve trarre in inganno. Si trattava, all'epoca, di ricerche che si consideravano condotte con rigore e metodo. Basti, a questo proposito, la lettura di alcuni titoli tra i

<sup>30</sup> Sul punto si veda P. Marchetti, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia*, Ancona 2008, pp. 76 s.

<sup>31</sup> Sul punto P. Marchetti, *De la responsabilité au risque. L'École positive et les 'nouveaux horizons' du droit penal*, in «Revue de droit penal et de criminologie», XCVII (2017) 6, p. 562-585. L'articolo era comparso in lingua italiana, anche se in una versione più estesa, con il titolo *La Scuola Positiva e i 'nuovi orizzonti' del diritto penale tra pericolosità criminale e rischio sociale*, in «Diritto penale XXI secolo», XV (2016), pp. 350-377.

<sup>32</sup> H. Maudsley, *Physiology and Pathology of Mind*, London 1868; Id., *The Pathology of Mind. A Study of its Distempers, Deformities, and Disorders*, London 1895; ma in particolare Id., *Body and Mind. An Inquiry into their Connection and Mutual Influence Specially in Reference to Mental Disorders*, London 1871. Il libro fu prontamente tradotto in lingua italiana Id., *Corpo e mente*, Orvieto 1872. Sull'importanza di Henry Maudsley nell'ambito della nascente criminologia italiana si veda P. Marchetti, *Le 'sentinelle del male'. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in «Quaderni fiorentini», XXXVIII (2009), n. monografico: *I diritti dei nemici*, t. II, pp. 1046 ss.

<sup>33</sup> Sulla rivista di Cesare Lombroso si veda P. Marchetti, *Cesare Lombroso e l'«Archivio di psichiatria»*, in L. Lacchè-M. Stronati (curr.), *Una 'tribuna' per le scienze criminali. La cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata 2011, pp. 69-96.

numerosissimi lavori di tal genere usciti negli ultimi due decenni del XIX secolo: Perracchia, *Andatura dei criminali ed epilettici*<sup>34</sup>; Ottolenghi, *Il ricambio dei materiali nei delinquenti nati*<sup>35</sup>; sempre Ottolenghi, *L'olfatto dei criminali*<sup>36</sup>; ed ancora *Il gusto nei criminali in rapporto coi normali*<sup>37</sup>; Gradenigo, *L'udito nei delinquenti*<sup>38</sup>; Santangelo Spoto, *Polidactilia e degenerazione*<sup>39</sup>; Carrara, *Sullo sviluppo del terzo dente molare nei criminali*<sup>40</sup>; Ascoli, *Sullo sviluppo del dente del giudizio nei criminali*<sup>41</sup>; De Sanctis (uno dei pochi medici italiani citati da Freud), *I sogni nei delinquenti*<sup>42</sup>; Battistelli, *Il sistema pilifero nei normali e nei degenerati*<sup>43</sup>; Gay, *La morfologia delle unghie nel degenerato*<sup>44</sup>.

Nonostante quanto appena detto, la convinzione che Cesare Lombroso fosse stato il maggior responsabile dell'idea della tendenza criminale (o più in generale dell'anormalità) come destino ha circolato a lungo. Una convinzione che assolveva un clima culturale, concentrandosi sulle responsabilità di un singolo individuo. Ancora all'inizio degli anni settanta del Novecento, l'editore Napoleone, nel dare alle stampe una pasticciata edizione dell'*Uomo delinquente*, doveva far precedere il testo, per evitare critiche feroci, da una nota di scuse e dal resoconto di una tavola rotonda organizzata sul tema alla quale aveva preso parte, tra gli altri, Franco Basaglia<sup>45</sup>.

A parte questo errore di prospettiva, una cosa deve essere sottolineata. Il considerare le persone come votate ad un determinato comportamento, cioè

<sup>34</sup> A. Perracchia, *Andatura dei criminali ed epilettici*, in «Archivio di Psichiatria», VIII (1887), pp. 240-242.

<sup>35</sup> S. Ottolenghi, *Il ricambio dei materiali nei delinquenti nati*, in «Archivio di Psichiatria», IX (1888), pp. 375-380.

<sup>36</sup> S. Ottolenghi, *L'olfatto dei criminali*, in «Archivio di Psichiatria», IX (1888), pp. 495-499.

<sup>37</sup> S. Ottolenghi, *Il gusto nei criminali in rapporto coi normali*, in «Archivio di Psichiatria», X (1889), pp. 332-338.

<sup>38</sup> G. Gardenigo, *L'udito nei delinquenti*, in «Archivio di Psichiatria», X (1889), pp. 325-331.

<sup>39</sup> F. Santangelo Spoto, *Polidactilia e degenerazione*, in «Archivio di Psichiatria», XV (1894), pp. 1-11.

<sup>40</sup> M. Carrara, *Sullo sviluppo del terzo dente molare nei criminali*, in «Archivio di Psichiatria», XVI (1895), pp. 15-28

<sup>41</sup> C. Ascoli, *Sullo sviluppo del dente del giudizio nei criminali*, in «Archivio di Psichiatria», XVII (1896), pp. 205-209.

<sup>42</sup> S. De Sanctis, *I sogni nei delinquenti*, in «Archivio di Psichiatria», XVII (1896), pp. 488-498.

<sup>43</sup> L. Battistelli, *Il sistema pilifero nei normali e nei degenerati*, in «Archivio di Psichiatria» XXI (1900), pp. 1-25.

<sup>44</sup> U. Gay, *La morfologia delle unghie nel degenerato*, in «Archivio di Psichiatria», XXVI (1905), pp. 1-28.

<sup>45</sup> C. Lombroso, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, Roma 1971, pp. IX-XV.

come incapaci di indirizzare liberamente il corso delle proprie azioni, era una visione che si scontrava con l'idea di essere umano posta alla base dei sistemi giuridici, ed in particolare di quello penale. Il principio retributivo che informava quest'ultimo, infatti, partiva, come segnalato in apertura di questo scritto, dall'assunto che la pena era nient'altro che la conseguenza di una decisione errata fatta dall'individuo. Senza possibilità di scelta (come nel caso delle persone giudicate mentalmente incapaci) nessun rimprovero poteva essere mosso, e nessuna pena poteva essere applicata.

L'adesione incondizionata ad una visione di tipo deterministico dell'essere umano minava in maniera totale le basi stesse del diritto punitivo, trasformando il giudizio penale in una sorta di giudizio prognostico circa la tendenza criminale di un individuo.

Gettando, ancora una volta, un rapido colpo d'occhio in ambito letterario, si potrebbe ricordare il meraviglioso racconto di Philip Dick, *Minority Report*<sup>46</sup> il quale, anche se a qualche decennio di distanza dalla 'ubriacatura' lombrosiana, in una suggestiva distopia narrativa, costruiva un mondo in cui la repressione criminale avveniva proprio su base prognostica (tema che sembra diventato di stretta attualità proprio in relazione all'uso dell'intelligenza artificiale nel campo del diritto penale)<sup>47</sup>, senza l'uso di particolari apparati giudiziari, quindi né giudici né avvocati, ma solo in relazione a previsioni di comportamenti criminali. Dal racconto è stato anche tratto un film, uscito nel 2002, ma il copione è stato piegato alle esigenze di *happy ending* hollywoodiane e non riesce a restituire quel clima angosciante tipico dei racconti di Dick<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Il racconto di Philip Dick fu pubblicato per la prima volta nella rivista «Fantastic Universe» nel 1956.

<sup>47</sup> L'idea posta alla base di *Minority Report*, infatti, sembra anticipare (come spesso riesce a fare la fantascienza) l'uso di modernissimi sistemi predittivi, come l'intelligenza artificiale, in funzione di previsione della pericolosità criminale di particolari individui. Il dibattito attuale, sul tema, è particolarmente vivace e ha generato la produzione di una consistente bibliografia. Per una riflessione aggiornata sulle questioni aperte dall'uso dell'intelligenza artificiale in ambito penale e per un'esauriente ricognizione bibliografica sul tema si rinvia a L. Macrì, *I primi passi dell'Italia verso l'impiego dell'IA nel processo penale e il calcolo di rischio di recidiva*, in «Giurisprudenza Penale», (2025) 2, pp. 1-49.

<sup>48</sup> Alcuni riferimenti a *Minority Report* e il determinismo lombrosiano sono già comparsi in P. Marchetti, *The Mark of Cain. The search of criminal man between medicine and law*, in «Giornale di Storia costituzionale», XXI (2011), pp. 11-22 e in Id., *Un'indagine filosofica. Diritto penale e neuroscienze in un romanzo di Philip Kerr*, in G. Rossi-D. Velo Dalbrenta-C. Pedrazza Gorlero (curr.) *Immaginare il futuro del diritto. Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche*, Napoli 2021, pp. 105-114. Un contributo specifico, nel medesimo volume, è stato dedicato a questo tema da D. Velo Dalbrenta, *Criminalità come destino? Philip K. Dick e lo straniante mondo di Minority Report*, pp. 115-140.

Che l'adesione incondizionata ai presupposti teorici lombrosiani comportasse, in ogni caso, il superamento del diritto penale, almeno come lo si era conosciuto fino a quel momento, era chiaro a tutti. Era chiaro non solo ai giuristi di ispirazione liberale come Luigi Lucchini che fecero della battaglia alle tendenze lombrosiane una delle proprie ragioni di vita, almeno sul piano professionale<sup>49</sup>, ma era chiaro anche agli stessi giuristi che assieme a Lombroso avevano deciso di dar vita a quella che poi prenderà il nome di Scuola positiva di diritto penale. Autori come Enrico Ferri (primo allievo e intimo amico di Cesare Lombroso) o Ferdinando Puglia non mancheranno di sottolineare il fatto che il ridurre tutti i criminali a criminali nati, avrebbe modificato il giudizio penale in un giudizio medico-antropologico, con la conseguente scomparsa del diritto penale inteso come disciplina autonoma<sup>50</sup>.

Quando Enrico Ferri nel 1921 (assai fuori tempo massimo) darà alla luce il suo progetto di codice penale, non a caso, proporrà la costituzione di due circuiti repressivi differenziati: uno dedicato alle persone 'normali' e presidiato dai diritti e delle garanzie tipiche del diritto penale tradizionale, e uno indirizzato agli 'individui criminali', improntato a quei criteri di difesa sociale propri del più bieco positivismo penale. Operazione, questa, che avrebbe garantito l'esistenza in vita di un vero proprio diritto penale del fatto accanto a un diritto penale dell'autore<sup>51</sup>.

### 5. *Il diritto penale del nemico*

La riproposizione di queste idee, avvenuta all'inizio del millennio da parte di Günther Jacobs, con il suo 'diritto penale del nemico', può suonare nuova solo a chi non si intende affatto di storia del diritto<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Su Luigi Lucchini si veda M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in «Quaderni fiorentini», XVI (1987), nr. monografico: *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, pp. 105-183 (ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano 2009, t. II, pp. 903-980).

<sup>50</sup> Sul punto si veda il già citato P. Marchetti, *De la responsabilité au risque. L'École positive et les 'nouveaux horizons' du droit penal.*

<sup>51</sup> Sul tema del 'nemico' si veda il già citato numero monografico *I diritti dei nemici* della rivista «Quaderni fiorentini» Sul Progetto Ferri, si rinvia alle pagine dedicate da Paul Garfinkel a quello che l'autore chiama il 'Ferri Code': P. Garfinkel, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge 2016. Il progetto Ferri è stato ripubblicato a cura di M. Messinetti, *Tra il vecchio e il nuovo ordine penale. Il progetto di 'codice penale italiano per i delitti' di Enrico Ferri*, Napoli 2020.

<sup>52</sup> Il contenuto di questo paragrafo è ripreso da P. Marchetti, *L'armata del crimine*, cit., pp. 12 e ss.

Giurista di indubbia formazione liberale, Jakobs si era impegnato, sino alla formulazione di questa sua teoria, nel descrivere le importanti trasformazioni che stavano investendo i sistemi penali dei principali paesi occidentali<sup>53</sup>. La sua analisi era così giunta ad individuare, all'interno del diritto penale, due sottosistemi indirizzati a soggetti differenti. Non privi di margini di ambiguità e sovrapposizione, questi sottosistemi possono essere definiti rispettivamente come 'diritto penale del cittadino' e 'diritto penale del nemico'. Il primo, contrassegnato dalla presenza delle garanzie e dei diritti propri dell'attuale grado di civiltà giuridica dei paesi occidentali, si indirizza verso coloro che, pur avendo commesso un reato, mostrano un sufficiente grado di riadattabilità alla vita sociale; il secondo, caratterizzato da una sorta di privazione da parte dello Stato del complesso dei diritti cui ciascuna persona è portatrice, si applica, al contrario, a tutti coloro che manifestano una pertinace capacità trasgressiva delle regole della convivenza (il criminale plurirecidivo e d'abitudine) o una radicale contestazione dei valori di civiltà di un determinato paese (l'oppositore politico-ideologico, il terrorista). Finalizzato alla neutralizzazione di un pericolo più che alla compensazione di una lesione alla vigenza di una norma, il diritto penale del nemico si distingue per il rilevante arretramento della soglia di punibilità (sino a coprire gli stessi atti preparatori) e per l'introduzione di misure penali tese non già a sanzionare fatti commessi in passato, quanto a prevenire condotte future.

L'analisi di Jakobs, apprezzata in ambito dottrinale per la sua capacità di individuare forti punti di divergenza – se non di totale distacco – della legislazione penale di singoli Stati dai valori espressi, in ambito penale, dalla tradizione

---

<sup>53</sup> Il tema del diritto penale del nemico è da tempo coltivata da Jakobs, ma nel 1999, in un convegno berlinese sul diritto penale di fine millennio in cui la penalistica tedesca era stata chiamata a raccolta, Jakobs non si limitava a descrivere questa tendenza del diritto penale, ma ne assumeva, nei termini di una proposta compiuta, le linee guida. Sul punto si vedano: G. Jakobs, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor Herausforderungen der Gegenwart*, in A. Eser-W. Hassemer-B. Burkhardt (curr.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor Jahrtausendwende*, München 2000, pp. 47 ss. Testo poi pubblicato in lingua spagnola in F. Muñoz Conde (cur.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia 2004, in cui il contributo di Jacobs compare con il titolo *La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. Più tardi Jakobs ha puntualizzato le proprie posizioni in *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jacobs-M. Cancio Meliá (cur.), *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, pp. 19-56; e pubblicato in lingua italiana con il titolo *Diritto penale del nemico*, in M. Donini-M. Papa (cur.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano 2007, pp. 5-28). Un'ampia bibliografia degli scritti di Jakobs è presente in E. Fronza, *Diritto penale del nemico e giustizia internazionale*, in Gamberini-R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Associazione Franco Bricola, Trento 10-11 marzo 2006, Bologna 2007, p. 373, nota 1.

giuridica occidentale, ha suscitato un'autentica vampata polemica<sup>54</sup> nel momento in cui, per ammissione dello stesso autore, essa si è allontanata dall'ambito della pura descrizione della realtà, per assumere le vesti di una vera e propria legittimazione degli indirizzi repressivi in atto<sup>55</sup>. Cercando di sorreggere la propria scelta di campo sulla base di presupposti teorici desunti dal funzionalismo giuridico luhmaniano<sup>56</sup> (anche se l'utilizzo del binomio oppositivo cittadino/nemico non può non richiamare alla mente lontane ascendenze schmittiane<sup>57</sup>) Jakobs ha tentato di giustificare, tra l'altro, questo cambio di prospettiva con la necessità di definire confini per quanto possibile<sup>58</sup> certi tra i due

<sup>54</sup> Le posizioni di Jakobs hanno suscitato un animatissimo dibattito, in Germania, in Spagna e in America Latina, testimoniato, tra l'altro, da una monumentale raccolta in lingua spagnola di interventi sull'argomento curata da M. Cancio Meliá-C. Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 voll. Madrid-Buenos Aires, 2006. In Italia l'attenzione per il tema si è manifestata con un certo ritardo. Solo nel 2006 si sono organizzati due convegni, uno a Trento, il 10-11 marzo del 2006, dal titolo 'Delitto politico e diritto penale del nemico. In memoria di Mario Sbriccoli' (i cui atti sono stati raccolti nel già citato volume *Delitto politico e diritto penale del nemico* a cura di A. Gamberini e R. Orlandi), e l'altro tenuto a Roma, nei giorni 24-25 marzo 2006 intitolato 'Verso un diritto penale del nemico?' (i cui contributi sono stati riportati nel n. 4 /2006 della rivista «Questione giustizia»). Una raccolta di interventi sul tema del diritto penale del nemico è stata pubblicata nel già citato M. Donini-M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*.

<sup>55</sup> Sull'evoluzione delle posizioni di Jakobs si veda, in particolare, D.R. Pastor, *Diritto penale del nemico e potere punitivo internazionale*, in M. Donini-M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., pp. 191-237 (trad. it. dell'articolo *El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*, in M. Cancio Meliá-C. Gómez-Jara Díez (curr.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, cit., pp. 475-522).

<sup>56</sup> N. Luhmann, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari 1977 (ed. or. *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg 1972); ma anche Id., *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?*, Heidelberg 1993, testo nel quale Luhmann sostiene che in situazioni eccezionali (ad esempio un attentato terroristico) appare lecito l'uso della tortura (anche se in forma controllata ed autorizzata da un organismo giudiziario). L'idea sembra essersi diffusa anche in altri contesti. È il caso del professore ed avvocato statunitense, di indubbia formazione liberale, Alan Morton Dershowitz (A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma 2003; ed. or. *Why Terrorism Works*, New Haven 2002) il quale, pur senza citare Luhmann, si fa portatore della proposta di introdurre nelle legislazioni nazionali la tortura legalizzata per far fronte al fenomeno terroristico. Sulla impostazione funzionalista, più che schmittiana, del pensiero di Jakobs si veda C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini-R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 45-60.

<sup>57</sup> C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura G. Miglio-P. Schiera, Bologna 1972; in particolare si veda il saggio *Il concetto di 'politico'* (1927), pp. 87-165; sulla nozione di 'nemico interno' pp. 130-131.

<sup>58</sup> L'esistenza di zone di interferenza tra i due poli del sistema penale è riconosciuta dallo stesso Jakobs, il quale scrive: «Il Diritto penale del cittadino è il diritto di tutti; il Diritto penale

sottosistemi repressivi, paventando il rischio di una possibile infezione del diritto penale del cittadino da parte del diritto penale del nemico; infezione che, in futuro, potrebbe portare ad una riduzione generalizzata di diritti e garanzie anche per quei cittadini capaci di promettere, almeno in qualche misura, fedeltà all'ordinamento.

La reazione a queste posizioni non si è fatta attendere. Pur se con toni ed accenti differenziati la scienza penale internazionale ha dimostrato non solo dubbi e perplessità, ma una vera e propria ostilità nei confronti delle tesi avanzate da Jakobs. Troppe sono state considerate le 'zone d'ombra' del suo ragionamento e troppo gravosi i rischi di degenerazione autoritaria che correrebbe il diritto penale se gli si desse un qualche ascolto. L'esistenza di un sottosistema penale definito 'del nemico' pone infatti in primo luogo l'esigenza di definire criteri obiettivi in base ai quali qualificare i soggetti da sottoporre alla sua disciplina. Come identificare, ad esempio, coloro che nutrono 'sentimenti terroristici' (pur non essendo veri e propri terroristi, nel qual caso per punire le loro azioni sarebbe sufficiente il diritto penale del cittadino)? Come individuare coloro che non si lasciano costringere nella condizione di cittadino?<sup>59</sup> Le posizioni espresse da Jakobs sembrano rifuggire dall'idea che all'interno di ogni uomo esistano spinte contrapposte, dal cui confronto, imprevedibile nei risultati, discendono le azioni. La netta separazione tra cittadino e nemico presuppone una valutazione che non indica quale elemento decisivo il fatto (*diritto penale del fatto*), quanto le caratteristiche intrinseche dell'autore (*diritto penale dell'autore*). In questo senso coloro che si mostrano difficilmente assimilabili ai valori (politici, culturali, morali) correnti non possono rappresentare, in potenza, che altrettanti nemici. In altre parole, la qualifica di nemico non costituirebbe una connotazione dell'azione, quanto una qualità dell'essere, rimanendo comunque irrisolto

---

del nemico è invece il Diritto di coloro che contrastano il nemico; nei cui confronti è ammissibile soltanto la coazione fisica, sino ad arrivare alla guerra (...). Il Diritto penale del cittadino è funzionale al mantenimento della vigenza della norma; il diritto penale del nemico (inteso in un'accezione ampia: comprensiva cioè del Diritto delle misure di sicurezza) contrasta invece pericoli; laddove è assolutamente certa l'esistenza di molteplici forme intermedie» (G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 13-14).

<sup>59</sup> F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in «Questione giustizia», XLV (2006) 4, p. 677; K. Ambos, *Il Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 46 (trad. it. dell'articolo *Feindstrafrecht*, pubblicato in «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», CXXIV (2006), pp. 1-30); F. Muñoz Conde, *Il nuovo diritto penale: considerazioni sul così detto diritto penale del nemico* in M. Donini-M. Papa, (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 135 (trad. it. della relazione presentata al *Colloquio Humboldt*, tenutosi a Montevideo nell'aprile del 2003); T. Hörnle, *Dimensioni descrittive e normative del concetto di 'Diritto penale del nemico'*, in M. Donini-M. Papa (curr.), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit., p. 121.

l'interrogativo su chi possa conferire ad un individuo l'attributo di nemico<sup>60</sup>. Altrettanto pericolosa è stata da molti autori ritenuta quella sorta di reificazione proposta da Jakobs del criminale-nemico che cesserebbe di essere considerato dall'ordinamento giuridico come una 'persona' (cioè un soggetto dotato di tutti i diritti e le prerogative del cittadino), per essere degradato alla condizione di semplice 'individuo' (cioè un soggetto privo di qualsiasi diritto; anche se, nelle norme che ne disciplinano la condizione, ancora appartenente all'universo giuridico)<sup>61</sup>. Questo assunto – assolutamente antitetico alla tesi personalistico-democratica dell'assolutezza dei diritti, i quali discenderebbero dalla semplice umanità del soggetto che ne è portatore, e alla cogenza universale, modernamente necessaria, dell'ordinamento che tutti include, secondo il principio di uguaglianza<sup>62</sup> – nell'istituire condizioni disomogenee di cittadinanza e circuiti penali differenziati cui far riferimento aprirebbe la strada ad una sorta di razzismo di Stato<sup>63</sup>, foriero di imprevedibili e nefaste conseguenze sul piano delle relazioni politiche e sociali<sup>64</sup>.

Sulla base di queste osservazioni critiche alcuni autori hanno decisamente negato la stessa appartenenza delle proposte di Jakobs al vero e proprio diritto

<sup>60</sup> Su di un piano differente, e cioè quello delle relazioni internazionali, Jacques Derrida ha sottoposto allo stesso esame critico l'espressione inaugurata dall'Amministrazione statunitense di 'Stato canaglia'. La parola canaglia, scrive Derrida, può essere utilizzata, di volta in volta, come un nome, un attributo, un aggettivo, aggettivo nominale talvolta legato ad un chi, ma anche accordato ad un che cosa, per esempio lo Stato canaglia. Si può cioè *fare* la canaglia, senza *essere* una canaglia. E così nell'ambito delle relazioni internazionali non è chiaro se gli Stati canaglia siano richiamati all'ordine perché si comportano da canaglia (non rispettando ad esempio il diritto), o se siano strutturalmente delle canaglie, e quindi non meritevoli di comparire nel consesso internazionale. Così come ci si dovrebbe chiedere quali sono i comportamenti che spingono a definire uno Stato canaglia. Il sospetto è quello di dover prendere per buona la definizione di Stato canaglia avanzata da Robert S. Litwak (professore di Studi internazionali al *Woodrow Wilson Center*, e membro del National Security Council durante la presidenza Clinton) per il quale: «A rouge State is whoever the United States says it is» (R.S. Litwak, *Rogue States and U.S. Foreign Policy*, Baltimore 2000, citato da J. Derrida, *Stati canaglia*, Milano 2003, pp. 119 ss e p. 143; ed. or. *Voyous*, Paris 2003).

<sup>61</sup> Sulla dicotomia persona/individuo cfr. G. Jakobs, *Diritto penale del nemico*, cit., pp. 5-28.

<sup>62</sup> C. Galli, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, cit., p. 57.

<sup>63</sup> Sulla nozione di razzismo di Stato cfr. M. Foucault, *Difendere la società. Dalla guerra delle razze al razzismo di Stato*, Corso al Collège de France 1975/1976, a cura di M. Bertani, A. Fontana, Firenze 1990, pp. 167 ss.

<sup>64</sup> Sul punto si veda l'articolo (dedicato però al tema delle relazioni internazionali) di E. Fronza, *Diritto penale del nemico e giustizia internazionale*, cit., pp. 373-389, ed il suo riferimento a G. Agamben, *Quel che resta di Auschwitz: l'archivio e il testimone*, Torino 1998.

penale<sup>65</sup>, mettendo in guardia anche dall'assumere il discorso del penalista tedesco come strumento di semplice ricognizione della realtà, avendo il linguaggio giuridico una naturale capacità performativa, anche quando si pretenda di attribuirgli una mera funzione descrittiva<sup>66</sup>. Altri hanno cercato di ridimensionare l'elemento di novità contenuto in alcune delle proposte di Jakobs, osservando come il diritto penale, nella sua dimensione 'ordinaria', è stato sempre accompagnato dalla produzione di un diritto speciale o della pericolosità<sup>67</sup>. D'altra parte, il sistema del 'doppio binario', introdotto da tempo nelle legislazioni penali, nel prevedere una duplicità di regime sanzionatorio, espresso nell'endiadi pena/misura di sicurezza, contempla già la coesistenza di un diritto penale della responsabilità e di un diritto penale della pericolosità. A destare una certa meraviglia sembra, semmai, il tentativo operato da Jakobs di attrarre le misure di sicurezza nel diritto penale del nemico al fine di legittimare l'assimilazione completa a esse di tutte le pene dure (la cui durata dovrebbe essere in linea di principio indeterminata) che si volessero irrogare nell'attività di lotta contro i fenomeni criminali più temibili, così da spacciare per 'pene' le misure di sicurezza e applicare misure di sicurezza sotto l'etichetta delle pene<sup>68</sup>.

Nel dibattito suscitato dalle posizioni assunte da Jakobs, non sono mancati neanche autori che, ampliando l'orizzonte temporale della propria analisi, sono giunti alla conclusione che «la ricerca ed identificazione dei nemici ha rappresentato la funzione costante del potere punitivo, nell'arco degli ultimi otto secoli»<sup>69</sup>. Strettamente connessi all'esercizio del potere su scala planetaria, i sistemi repressivi costituirebbero, in questa prospettiva, una sorta di matrice sulla base della quale modellare le relazioni internazionali di dominio. In altre parole la lotta al delinquente, inteso come 'nemico interno', rappresenterebbe solo il versante introvertito della volontà di conquista territoriale che aggregati di potere,

---

<sup>65</sup> Si veda per tutti L. Ferrajoli, *Il 'diritto penale del nemico' e la dissoluzione del diritto penale*, in «Questione giustizia», XLV (2006) 4, p. 805.

<sup>66</sup> D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, in A. Gamberini, R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., pp. 233-240.

<sup>67</sup> M. Pavarini, *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen*, in *Studi sulla questione criminale*, XXVI (2006) 2, p. 21, il quale per quanto concerne la situazione italiana degli ultimi decenni rinvia all'interessante lavoro di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli 1997.

<sup>68</sup> M. Donini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in A. Gamberini-R. Orlandi (curr.), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., p. 167.

<sup>69</sup> E.R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (curr.) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano 2006, p. 760; e più in generale Id., *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires 2006.

diversamente articolati nel corso dei secoli, hanno costantemente manifestato. Il passaggio da un'epoca ad un'altra sarebbe così determinato da una sorta di cambio di paradigma (da quello *inquisitorio*, a quello del *razzismo medico di polizia*, sino ad arrivare alle moderne forme *eliminative* del 'diverso' costruite su basi scientifico-ideologiche nelle grandi dittature del secolo passato e all'attuale diritto penale *cool*, caratterizzato da una mutevole e polimorfa proliferazione di figure di nemico) che avrebbe permesso di sincronizzare, sulla spinta di esigenze maturate sul piano economico e geopolitico, il discorso sulla guerra con quello della repressione criminale. Questa sorta di tratto permanente dei sistemi repressivi sarebbe stato, però, storicamente depotenziato, nei suoi esiti più nefasti, dall'ideologia critica del liberalismo penale, capace di costituirsi (a partire dalla fine del XVIII secolo) come argine al cinico 'realismo' di ogni ideologia autoritaria. In tale contesto, per alcuni autori, qualsiasi arretramento da quei principi e garanzie, che la scienza penale ha saputo aggiornare nel quadro dei valori costituzionali delle moderne democrazie e porre a presidio dei diritti di ciascun uomo, non può che costituire una regressione dei sistemi repressivi (come in molti casi si è già storicamente verificato) verso forme più o meno autoritarie di gestione della politica criminale<sup>70</sup>.

#### 6. *Diritto penale e neuroscienze: un ritorno non sorprendente*

L'assedio portato dalle scienze dell'uomo, nel corso del XIX, secolo ai postulati posti alla base del diritto penale dell'epoca (per tornare alle considerazioni sviluppate in apertura di questo articolo) fu indubbiamente imponente. Certo, le correnti penalistiche che volevano un'integrale riscrittura del diritto penale su nuove basi epistemologiche furono minoritarie e fortemente contrastate dal sapere accademico, non solo in Italia. E d'altra parte, come si è sottolineato poco fa, neanche i più stretti collaboratori di Lombroso, come Ferri e Puglia, anelavano ad un totale snaturamento del diritto penale. Ma la forza di dettare l'agenda della riflessione giuridica in ambito penalistico va indubbiamente riconosciuta, in Italia, alla Scuola positiva almeno sino agli anni novanta del XIX secolo.

In ogni caso lo scontro fu aspro, raggiungendo, assai spesso, toni poco controllati e decisamente estranei al dibattito scientifico. Ma, come è stato magistralmente messo in evidenza da Mario Sbriccoli, risolvere tutto il dibattito penalistico di fine Ottocento nello scontro tra Scuola classica e Scuola positiva,

---

<sup>70</sup> Sul punto si veda E.R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, cit., pp. 787-789. Per ciò che riguarda la lotta al terrorismo internazionale si veda G. Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in A. Gamberini-R. Orlandi, (curr.), *Delitto politico e delitto penale del nemico*, cit., pp. 241-249.

sarebbe una riduzione infeconda di un fenomeno assai più complesso e denso di sfumature<sup>71</sup>.

Il grido d'allarme nei confronti di un diritto penale che stava perdendo la sua più autentica natura, posto sotto assedio dalle scienze dell'uomo e della società come la psichiatria, l'antropologia, la psicologia, la sociologia e la statistica, fu lanciato da Arturo Rocco nella sua celebra prolusione sassarese del 1910. Ed è di solito a quella data che viene fatta risalire la nascita dell'indirizzo tecnico-giuridico. Un indirizzo di studi che diverrà egemone in Italia nei decenni successivi e che restituirà al diritto penale un rigore metodologico capace di porlo a debita distanza dalle scienze umane e sociali, che il diritto penale avrebbe dovuto utilizzare, come sosteneva Rocco, esclusivamente in funzione ancillare e servente.

Converrà non dilungarsi troppo sul punto, non essendo questo l'oggetto dello scritto<sup>72</sup>.

Al di là della direzione che gli studi penalistici hanno preso, non solo in Italia, in decenni a noi più vicini, una domanda potrebbe essere posta: questo conflitto tra scienze umane e sociali, da una parte, e diritto penale, dall'altra, è un problema squisitamente ottocentesco e oggi può dirsi ormai risolto? L'identità del penalista è stata definitivamente salvata, così come la sua disciplina? A guardare i progressi della scienza medica negli ultimi decenni verrebbe da dire di no.

Il nuovo millennio, dal punto di vista degli studi sul funzionamento del cervello umano, è caratterizzato dall'irrompere sulla scena di un settore di studi che ha assunto il nome di *neuroscienze*, 'termine contenitore' che ospita al proprio

---

<sup>71</sup> M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (cur.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma-Bari 1990, pp. 147-232 (ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano 2009, I, pp. 493-590).

<sup>72</sup> La prelezione era stata tenuta da Rocco all'Università di Sassari il 15 gennaio 1910 (Ar. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in «Rivista di diritto e procedura penale», I (1910) 1, pp. 497-521 e 561-582, poi in Id., *Opere giuridiche*, Roma 1933, III, pp. 263-323). Sul punto si veda M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* cit., e Id., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali*, XIV, a cura di L. Violante, Torino 1998, pp. 485-551 (ora in Id. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano 2009, II, pp. 591-670). Sulle vicende dell'indirizzo tecnico giuridico in Italia si veda M. Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), pp. 817-850 (ora in Id. *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano 2009, II, pp. 1001-1034). Sull'influenza del positivismo penale nell'ambito della penalistica fascista si rinvia E. Musumeci, *The Positivist School of Criminology and The Italian Fascist Criminal Law. A Squandered Legacy?*, in S. Skinner (cur.), *Fascism and Criminal Law: History, Theory, Continuity*, Oxford-Portland 2015, pp. 35-58.

interno una molteplicità di ambiti scientifici (dalla biologia molecolare alla neurologia, dalla psicobiologia alla genetica comportamentale) che hanno come denominatore comune quello di studiare (detto con grande approssimazione) il comportamento umano mediante il funzionamento del cervello<sup>73</sup>. Uno dei principali divulgatori del sapere neuroscientifico è il neurologo portoghese Antonio Damasio. Il libro più conosciuto di Damasio, non a caso, si intitola *L'errore di Cartesio*<sup>74</sup>. L'ipotesi avanzata da Damasio (e non solo da lui) è quella che basare l'attività cerebrale sulla dicotomia mente/cervello, *res cogitans/res extensa* (come diceva Cartesio e come si è continuato a fare per lungo tempo) è sostanzialmente un errore. Sul piano del comportamento, non esiste una mente che ordina e un cervello che esegue. Noi non siamo nient'altro che il nostro cervello. A partire da questa visione di taglio deterministico dell'essere umano si sono sviluppate diverse ricerche che hanno avuto ampia risonanza all'interno della comunità scientifica. Da quelle pionieristiche del neurofisiologo statunitense Benjamin Libet<sup>75</sup>, svolte tra gli anni settanta e gli anni ottanta del secolo scorso, a quelle dello psicologo anglo-tedesco John Dylan Haynes, condotte in anni a noi relativamente più vicini, attraverso sofisticate tecniche di *neuroimaging*<sup>76</sup>.

A questo proposito, appare emblematico il titolo di un articolo pubblicato in lingua italiana dallo stesso Haynes: *Posso prevedere quello che farai*<sup>77</sup>. Il cervello, sostiene questo autore, decide per noi prima che la nostra volontà cosciente

<sup>73</sup> La bibliografia sul rapporto tra neuroscienze e diritto penale è cresciuta, negli ultimi anni, in maniera esponenziale. Per una definizione del termine 'neuroscienze' e il rapporto di questa nuova frontiera della ricerca con il diritto e il processo penale, ci si limita a rinviare 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, pp. 313-338; M.T. Collica, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *La prova scientifica nel processo penale*, ora citato, pp. 339-384; A. Corda, *Neuroscienze forensi e giustizia penale tra diritto e prova (Disorientamenti giurisprudenziali e questioni aperte)*, in «Archivio penale», LXIX (2014) 3, pp. 1-41; G. Canzio-L. Lupária Donati (cur.), *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Padova 2022; A. Carratta-M. De Caro-G. Pino (curr.), *Razionalità, capacità, identità. Nuove frontiere della responsabilità giuridica*, Roma 2023.

<sup>74</sup> A.R. Damasio, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano 2012 (or. ed. *Descartes' Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, New York 1994).

<sup>75</sup> B. Libet-C.A. Gleason-E.W. Wright, *Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential): The Unconscious Initiation of Freely Voluntary Act*, in «Brain», CVI (1983), pp. 623-642.

<sup>76</sup> J.D Haynes-C.S. Soon-M. Brass- H.J. Heinze, *Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain*, in *Nature Neuroscience*, XI (2008), pp. 543-545.

<sup>77</sup> J.D Haynes, *Posso prevedere quello che farai*, in M. De Caro-A. Lavazza-G. Sartori (curr.), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino 2010, pp. 5-19. Del testo curato da De Caro, Lavazza e Sartori è uscita una nuova edizione nel 2019.

dichiarati di aver preso una decisione. La volontà cosciente, in ultima analisi, non sarebbe altro che una razionalizzazione a posteriori di ciò che il nostro cervello, per altre ragioni, ha già deciso di fare.

Anche oggi, come alla fine del XIX secolo, le riflessioni sviluppate in campo scientifico non possono non avere ricadute anche nell'ambito del diritto penale<sup>78</sup>. Se, infatti, si mette in discussione la capacità degli esseri umani di determinare liberamente il loro agire, allora il diritto penale dovrebbe essere riscritto integralmente sulla base di nuovi principi<sup>79</sup>.

Da quando una ventina di anni fa due neuroscienziati statunitensi, Joshua Greene e Jonathan Cohen,<sup>80</sup> hanno proposto una revisione integrale dei principi che devono regolare il diritto di punire, il quale dovrebbe passare a loro avviso da una filosofia di tipo retribuzionista: ti infliggo una pena perché hai fatto una scelta sbagliata, a un'impostazione di carattere consequenzialista: hai tenuto un certo comportamento e per questo ti punisco (o forse sarebbe meglio dire ti rendo inoffensivo), il dibattito sul tema si è enormemente sviluppato. L'idea di rifondare il diritto punitivo su nuove basi, con opzioni di trasformazione più o meno radicali, è stata abbracciata da diversi autori<sup>81</sup>. Sullo sfondo di questo

<sup>78</sup> Sul punto A. Lavazza, L. Sammiceli, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino 2021.

<sup>79</sup> Per un aggiornato dibattito in tema di libero arbitrio si veda D.C. Dennet-G.D. Caruso, *A ognuno quel che si merita. Sul libero arbitrio*, Milano 2022 (ed. or. *Just Deserts. Debating Free Will*, Cambridge 2021).

<sup>80</sup> J.D. Greene-J. Cohen, *For the Law. Neurosciences Changes Nothing and Everything*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, (2004), pp. 1775-1785.

<sup>81</sup> In tema di responsabilità penale, le recenti scoperte neuroscientifiche hanno radicalizzato lo scontro tra coloro che sostengono la necessità di una decisa rifondazione di tale nozione (tra gli altri si vedano G. Merkel-G. Roth, *Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe*, in K.J. Grün, M. Friedmann, G. Roth (curr.) *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen 2008, pp. 54-95; W. Singer, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main 2003, pp. 51 ss.; F.J. Rubia, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, Barcelona 2009, pp. 148 ss.; H.J. Markowitsch-W. Siefer, *Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechen*, Frankfurt am Main 2007, pp. 227 ss.) e coloro che propendono per ipotesi di tipo compatibilista (tra gli altri S.J. Morse, *Common Criminal Law Compatibilism*, in N.A. Vincent (cur.) *Neuroscience and Legal Responsibility*, Oxford/New York 2013, pp. 27 ss.; G. Gulotta, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in A. Bianchi-G. Gulotta-G. Sartori (curr.), *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano 2009, pp. 4 ss.). Tra le due posizioni, la seconda sembra aver prevalso (per una panoramica del dibattito nella dottrina italiana si veda G. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016; Id., *Diritto penale e neuroscienze. Punti fermi (se mai ve ne siano). E questioni aperte*, in «Diritto Penale e Uomo», (2019), pp. 1-12 e A. Corda, *Riflessioni sul rapporto tra neuroscienze e imputabilità nel prisma della dimensione processuale*, in «Criminalia» (2012), pp. 497-534).

dibattito, che si è articolato sia in Italia che all'estero in maniera molto vivace, è indubbio che ci siano visioni dell'essere umano non perfettamente coincidenti<sup>82</sup>.

Il ragionamento sviluppato dagli autori che in maniera più radicale hanno aderito a una visione di tipo determinista del comportamento umano, sembra, dal punto di vista metodologico, sorprendentemente simile al discorso articolato da Cesare Lombroso sul 'criminale nato' circa un secolo e mezzo fa. E infatti l'impressione che circola tra alcuni dei ricercatori che si sono interessati dell'argomento è che l'ipotesi lombrosiana non fosse sbagliata, in linea di principio, ma fosse indimostrabile in base alle acquisizioni scientifiche e tecnologiche dell'epoca<sup>83</sup>.

Dopo un iniziale allarmismo suscitato alcuni anni fa da tali scoperte, l'impatto che queste nuove ipotesi scientifiche ha prodotto in ambito penalistico sembra decisamente minore rispetto a quello suscitato dalla scuola lombrosiana negli ultimi decenni del XIX secolo. In quel caso, infatti, il rischio che la figura del penalista fosse posta sotto assedio da nuovi saperi capaci di metterne decisamente in discussione l'identità tradizionale era molto forte. Oggi la cosa è avvertita sicuramente con minor disagio. Ma questo non vuol dire che alcuni orientamenti delle moderne neuroscienze non abbiano rilevanza per il mondo del diritto penale. Al di là dell'esperienza statunitense, dove l'uso processuale dei risultati delle neuroscienze è molto consistente<sup>84</sup>, anche in Europa, e particolarmente in Italia, le neuroscienze hanno fatto il loro ingresso nelle aule dei tribunali. I processi nei quali sono state utilizzate non sono ancora molti, ma

---

<sup>82</sup> Il tema è stato oggetto, qualche anno fa, di un vivace confronto comparso nella rivista online «Diritto penale contemporaneo», e che ha visto coinvolti il penalista Fabio Basile, lo psicologo Giuseppe Vallar (autore di un saggio a quattro mani scritto assieme allo stesso Fabio Basile), l'avvocato Luca Santamaria e lo psicanalista Mario Iannucci (F. Basile-G. Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, 2 dicembre 2017, pubblicato nello stesso anno nel quarto volume della rivista trimestrale, pp. 269-289; L. Santa Maria, *Diritto penale sospeso tra neuroscienze ancor giovani e una metafisica troppo antica*, 19 dicembre 2017, pp. 1-28; M. Iannucci, *Le neuroscienze, la 'neuropsicologia' e la pretesa 'rifondazione del diritto'. Il punto di vista di Ivan Karamazov e quello di Freud*, 8 gennaio 2018).

<sup>83</sup> E. Musumeci, *Cesare Lombroso e le neuroscienze: un parricidio mancato* cit. Sui rischi di una prospettiva 'biologizzante' del crimine si veda Y. Cartuivels, *Les usages sociaux de la biologisation du crime a la fin du XIX<sup>e</sup> siècle: quelques enjeux et limites*, in «Jurisprudence. Revue critique», I (2015), pp. 189-204.

<sup>84</sup> Per ciò che riguarda l'esperienza statunitense si vedano J. Morse-A. Roskies, *A primer on criminal Law and Neuroscience*, Oxford/New York 2013; N.A. Farahny, *Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis*, in «Journal of Law and the Biosciences», 14 January 2016, pp. 485-509.

diverse pronunce hanno fatto decisamente notizia<sup>85</sup>. Il sostenere che un particolare profilo genetico e un funzionamento, si potrebbe dire, anomalo di alcuni processi cerebrali determinano in certe persone una maggiore propensione alla violenza è stata la motivazione avanzata per chiedere una riduzione di pena per alcuni individui condannati per gravi reati contro la persona. Non sempre la tesi sostenuta da due dei neuroscienziati più famosi in Italia che sono intervenuti come consulenti tecnici o periti in questi processi, è cioè Giuseppe Sartori e Pietro Pietrini, hanno convinto l'organo giudicante<sup>86</sup>. Sta di fatto che quando questo è avvenuto la stampa ha reagito con un sensazionalismo tipico degli odierni mezzi di informazione. «Scoperto il gene killer!» hanno scritto diversi giornalisti. È chiaro che le cose non stanno così. Ma a seguire il ragionamento di Sartori e Pietrini fino in fondo, l'idea che le persone non siano poi così responsabili delle loro condotte criminali, non sembra del tutto peregrina.

Anche in questo caso la letteratura non ha tardato ad impossessarsi delle potenzialità narrative di questi argomenti. Agli inizi degli anni novanta, e quindi quando gli studi di cui si è appena detto erano agli esordi, un romanziere scozzese, Philip Kerr (la cui formazione accademica è stata, non a caso, giuridica) ha dato alle stampe un romanzo intitolato in Italia *Un killer tra i filosofi*<sup>87</sup> nel quale l'impianto narrativo si fonda proprio su questo rapporto tra neuroscienze e repressione criminale. In una classica distopia fantascientifica, ideata più di trent'anni fa ma ambientata in giorni a noi più vicini, Kerr si immagina un mondo in cui sulla base delle scoperte effettuate in ambito neuroscientifico si è riusciti ad individuare l'anomalia genetico-cerebrale che spinge gli individui a commettere crimini efferati. Grazie ad uno *screening* di tutta la popolazione, in Inghilterra la polizia riesce a indirizzare le proprie indagini, nei casi in cui vengono commessi delitti di sangue, verso un numero limitatissimo di persone, conseguendo risultati sorprendenti nella lotta al crimine in territorio britannico. Uno dei soggetti predestinati al delitto, essendo venuto a conoscenza dei nomi

---

<sup>85</sup> Sul punto si veda P. Marchetti, *Il cervello a giudizio. Le lontane origini di due recenti sentenze italiane*, cit. Per una rassegna delle vicende giudiziarie in cui sono state chiamate in causa le neuroscienze in Italia si vedano M. Bertolino, *Diritto penale, infermità mentale e neuroscienze*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalisitche», (2018), pp. 13-52 e C. Grandi, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*, in «Giurisprudenza italiana», (2019), pp. 177-185.

<sup>86</sup> P. Marchetti, *L'uso processuale dei test di memoria autobiografica tra nuove tecnologie ed antiche aspirazioni. A proposito di una recente sentenza della Corte d'Appello di Salerno*, in «Cassazione penale», LVIII (2018), p. 948-955.

<sup>87</sup> Ph. Kerr, *Un killer tra i filosofi*, Firenze 2003 (ed. or. *A Philosophical Investigation*, London 1992). Sul romanzo di Kerr si veda P. Marchetti, *Un'indagine filosofica. Diritto penale e neuroscienze in un romanzo di Philip Kerr*, cit.

presenti nella lista dei probabili assassini, sceglie di eliminarli uno dopo l'altro, opponendo alla polizia che è sulle sue tracce l'imbarazzante interrogativo: ma se si tratta di soggetti comunque votati al crimine, perché non mi lasciate continuare in questa operazione di eliminazione sistematica? Io facendoli fuori assecondo la mia natura, ma nello stesso tempo faccio un grande favore alla società. Ragionamento, in fondo, non privo di un suo rigore logico e a cui, una volta accettata l'idea deterministica dell'agire umano, non è poi così facile controbattere.