

LA DISABILITÀ NELLE SCIENZE PENALISTICHE

Fenice Valentina Valenti *

SOMMARIO: 1. Premesse concettuali – 2. La disabilità nel codice penale: il problema dell'imputabilità – 2.1. (segue) La sindrome di Asperger – 2.2. (segue) La circostanza aggravante prevista dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104 – 3. La disabilità nel codice processuale penale. Focus sulla sentenza della Corte costituzionale 23 febbraio 2023 n. 65 – 4. Conclusioni.

1. – Il binomio disabilità-diritto si inserisce a pieno titolo nel complesso tema dell'eguaglianza sostanziale, inducendo l'interprete ad interrogarsi sull'effettiva realizzazione del programma costituzionale. Nel corso degli anni la tematica ha assunto una straordinaria centralità ed impone, oggi più che mai, di riflettere sul livello di effettività dei diritti e delle tutele riconosciute dall'ordinamento.

In letteratura, il concetto di disabilità è stato declinato diversamente. L'OMS¹ l'identifica nella «riduzione parziale o totale della capacità di svolgere un'attività dei modi e nei tempi ritenuti "normali". Essa può avere carattere transitorio o permanente, reversibile o irreversibile»². Notoriamente si di-

* Dottoranda di ricerca in Diritto della società digitale e dell'innovazione tecnologica, Università degli studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

¹ L'acronimo identifica l'Organizzazione Mondiale della Sanità.

² M. ZANOBINI, M.C. USAI, *Psicologia della disabilità e dei disturbi dello sviluppo*, Milano, Franco Angeli, 2011. Bisogna far presente, però, che allo stato attuale non esiste una definizione universalmente accettata, nonostante nella Convenzione Onu per i diritti delle persone con disabilità, approvata dall'Assemblea Generale il 25 agosto 2006, sia stata individuata la disabilità in «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri». In verità, la fenomenologia in esame soffre di diverse classificazioni. Nel 1980 l'Organizzazione Mondiale della Sanità distingueva nell'ambito delle ICIDH — *International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps* — tre diverse tipologie di disabilità: la menomazione, intesa come la perdita o l'anormalità a carico di una struttura o una funzione psicologica, fisiologica o anatomica e rappresenta l'estensione di uno stato patologico. Se la disfunzione è congenita si parla di minorazione; la disabilità, ovvero qualsiasi limitazione della capacità di agire, naturale conseguenza ad



stingue tra disabilità psichica e fisica: nella prima sono ricomprese le varie forme di ritardo mentale, da lieve a gravissimo, con conseguenziale limitazione dello sviluppo intellettuale e fisico della persona; nella seconda, invece, rientrano tutte le limitazioni fisiche dell'individuo, il quale può esserne affetto dalla nascita o a seguito di un evento traumatico avvenuto nel corso della vita.

In ambito giuridico, il tema assume una diversa qualificazione a seconda del settore ordinamentale preso in esame: se nel diritto internazionale, nella legislazione scolastica o, ancora nel diritto dell'unione europea, si parla espressamente di disabilità, in ambito penalistico si fa largo uso del concetto di "infermità" nel codice sostanziale e di "vulnerabilità" in quello di rito³.

Nelle pagine seguenti, si affronterà brevemente il rapporto tra la disabilità e il diritto penale sostanziale e processuale. Da un punto di vista sostanziale, in ragione della complessità della materia, ci concentreremo esclusivamente sul problema dell'imputabilità e su alcune delle più importanti fattispecie a tutela del disabile; da un punto di vista processuale, richiameremo un nutrito gruppo di norme poste a presidio della disabilità.

2. – La legislazione penale contiene un variegato complesso di norme che prendono espressamente in considerazione impedimenti fisici, psichici, intellettivi o sensoriali causati da malattie nel corpo o nella mente, che potrebbero essere causa di disabilità; la rilevanza di queste fattispecie, inoltre, muta sensi-

uno stato di minorazione/menomazione; infine, l'handicap, ossia lo svantaggio sociale vissuto da una persona a seguito di disabilità o minorazione e/o menomazione.

³ Senza pretesa di completezza, all'art. 90-*quater* c.p. mediante il quale il legislatore desume la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa, oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede; o, ancora, alla documentazione degli atti *ex* art. 373, commi 2-*quater* 2 c.p.p. — così come modificato dalla Riforma Cartabia, art. 18, comma 1, lett. e), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 — a mente del quale «le dichiarazioni della persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità sono documentate integralmente, a pena di inutilizzabilità, con mezzi di riproduzione audiovisiva o fonografica, salvo che si verifichi una contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico e sussistano particolari ragioni di urgenza che non consentano di rinviare l'atto»; o, ancora, si pensi all'esame del testimone minorenni, all'escussione dibattimentale della persona offesa dal reato che versi in condizioni di vulnerabilità; Ancor più semplicemente, si pensi all'intera disciplina in tema di incidente probatorio *ex* artt. 392 e ss. c.p.p. che, come noto, annovera tra le cause di assunzione anticipata della prova le ipotesi di vulnerabilità del dichiarante, sia che derivi da una condizione psichico-fisica, sia che derivi da "influenze" esterne volta a coartare la volontà affinché egli non deponga o deponga il falso.

bilmente a seconda che la disabilità venga analizzata con riferimento al soggetto attivo del reato o, piuttosto, al soggetto passivo⁴.

Sotto il primo profilo viene in rilievo, inevitabilmente, l'istituto dell'imputabilità, disciplinato dagli art. 85 e ss. c.p.⁵.

Ebbene, a norma dell'art. 85 c.p. nessuno può essere punito per fatto previsto dalla legge come reato se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. Il codice Rocco individua l'imputabilità nella capacità di intendere e volere. Tradizionalmente si intende per "capacità di intendere" l'attitudine del soggetto percepire il significato del proprio comportamento, a comprendere il valore delle sue azioni all'interno del contesto sociale di riferimento; per "capacità di volere", invece, la capacità dell'individuo di gestire e controllare gli impulsi e gli stimoli. La disposizione individua il presupposto minimo per poter muovere un giudizio di rimproverabilità al soggetto agente. In estrema sintesi, si richiede che il soggetto, al momento del *tempus commissi delicti*, fosse in grado di comprendere il disvalore del fatto.

Le cause che escludono o incidono sull'imputabilità sono tassativamente individuate dal codice penale, sicché vengono in rilievo: la determinazione di altri nello stato di incapacità allo scopo di commettere un reato *ex* art. 86 c.p.; il vizio totale e parziale di mente di cui agli artt. 88 e 89 c.p.; l'ubriachezza derivata da caso fortuito o forza maggiore *ex* art. 91 c.p.; il fatto commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti purché non volontaria o preordinata secondo una lettura congiunta degli artt. 91, 92 e 93 c.p.; la cronica intossicazione da alcool o sostanze psicotrope *ex* art. 95; il sordomutismo previsto dall'art. 96 e, infine, la minore età per la quale la legislazione esclude l'imputabilità per il reo minore di anni quattordici.

In questa sede assume rilievo centrale il vizio di mente il quale, unitamente al sordomutismo, è il solo in grado di ricomprende le varieguate forme di disabilità psichica.

A tal fine, però, occorre distinguere tra vizio totale e vizio parziale di mente: se l'anomalia psichica è di una gravità tale da aver azzerato totalmente la capacità di intendere e di volere l'imputabilità è esclusa *ex* art. 88 c.p.;

⁴ Il tema è stato approfondito da G. DODARO, *L'attribuzione di capacità come pratica di riconoscimento della persona con disabilità quale "soggetto di diritto penale"*, in *Dir. e quest. pubb.*, 2020, 1, pp. 63-87.

⁵ C. TARANTINO, *Vizio di forma. La disabilità come elemento sfuggente alla 'forma standard'*, in *L'Altro diritto. Rivista*, 2021, vol. 5, p. 114.

se, al contrario, l'infermità ha solo scemato grandemente la capacità di intendere e volere il soggetto agente risponde del reato commesso ma beneficerà di uno sconto di pena. Il *discrimen* tra vizio totale di mente e vizio parziale di mente rileva non tanto sotto il profilo qualitativo quanto su quello quantitativo. Tuttavia, come attenta dottrina⁶ ha messo in evidenza la condizione di disabilità non è di per sé sufficiente ad escludere il giudizio di responsabilità penale; ciò in quanto il legislatore — accogliendo una concezione bio-psicologica dell'infermità — costruisce l'imputabilità su un giudizio bifasico che deve essere svolto caso per caso, mirante a diagnosticare le condizioni di salute del soggetto ed a valutare la concreta incidenza della disabilità sulle capacità al momento del fatto⁷.

Va anche detto, però, che il concetto di “infermità” ha subito una riqualificazione giurisprudenziale. Per diverso tempo lo si è ancorato ad un paradigma medico-biologico-organicistico, in virtù del quale l'infermità si individuava in una malattia del cervello o del sistema nervoso. Vi era, dunque, una piena corrispondenza tra il disturbo psichico e la malattia mentale⁸. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, invece, con la nota sentenza a Sezioni Unite “Raso”⁹ prendendo come parametro di riferimento il Manuale Diagnostico e Statistico dei Disturbi Mentali, c.d. DSM IV, accoglie un sistema di individuazione e classificazione aperto, all'interno del quale trovano asilo anche manifestazioni eterogenee dei disturbi mentali che sfuggono ad una rigida tipizzazione nosografica. Si assiste ad un riconoscimento di modelli alternativi, multifattoriali e

⁶ G. DODARO, *L'attribuzione di capacità*, cit., p. 71.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Bisogna precisare tuttavia, che il paradigma medico si scinde in tre diverse sottocategorie: la concezione nosografica, la concezione organistica e la concezione patologica. Secondo la concezione nosografica, le infermità rilevanti sono malattie del cervello o del sistema nervoso e, conseguentemente, sono solo quelle suscettibili all'interno di un preciso quadro clinico. In base al filone organicistico, invece, nel concetto di infermità rientrano tutte le alterazioni biologiche ed organiche anche se non inquadrabili entro un quadro strettamente nosografico. Infine, in base all'articolazione patologica il discrimine fra le infermità rilevanti ai sensi dell'art. 88 c.p. e quelle non rilevanti risiede nella sussistenza o meno di uno stato patologico che determina un'alterazione e/o esclusione, della capacità di intendere e di volere. Per una completa disamina sia consentito il rinvio a M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, pp. 397 ss.; P. MOSCARINI, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale*, in *Dir. penale e processo*, 2017, 8, pp. 985 ss.; M. G. BARONE, *Il vizio totale di mente: l'evoluzione del concetto di infermità*, in *Salvis Juribus*, 2018, consultabile al sito www.salvisjuribus.it

⁹ Sez., Un, 8 marzo 2005, n. 9163.

integrati, ossia capaci di spiegare il disturbo mentale sulla base di variabili biologiche, psicologiche, sociali e relazionali. Grazie all'intervento nomofilattico della Cassazione i disturbi della personalità entrano nel sistema penale acquisendo rilevanza al fine di escludere, o limitare, la capacità di intendere e volere laddove siano di consistenza tali da incidere sulla stessa.

Da ultimo, per ragioni di completezza bisogna evidenziare che la disabilità può rilevare anche per l'applicazione di una misura di sicurezza personale *ex art. 203 c.p.* che si verifica quando il reo, ancorché non imputabile, viene ritenuto socialmente pericoloso.

Recentemente in dottrina¹⁰ ci si è interrogati sulla compatibilità della concezione della capacità giuridica penale accolta dal codice — e strettamente legata all'imputabilità — con il modello sociale della disabilità. Tuttavia, il codice penale, pur non accordando l'imputabilità, non nega dignità alla persona con disabilità e non disconosce valore alle esperienze più estreme dell'esistenza. Pensando la persona solo come occasionalmente incapace in una data situazione in virtù del temporaneo manifestarsi della sua vulnerabilità, continua a riconoscerle il ruolo di "contraente produttivo" del consorzio sociale.

Infine, sotto il profilo della disabilità fisica, si segnala l'art. 147, comma 1, n. 2. c.p. a mente del quale l'esecuzione della pena può essere differita quando «una pena restrittiva della libertà personale deve essere eseguita contro chi si trova in condizioni di grave infermità fisica». Il differimento facoltativo della pena a carico del detenuto, in virtù della grave menomazione fisica risponde all'esigenza di tutelare il diritto di salute del condannato evitando trattamenti contrari al senso di umanità.

2.1. – Negli ultimi tempi, in ambito penalistico, si è posto il problema della individuazione delle patologie che, nonostante il continuo confronto dialettico con scienze mediche, "sfuggono" ad un riconoscimento da parte delle scienze penalistiche.

È il caso della sindrome di Asperger¹¹. Viene definita come un disturbo

¹⁰ G. DODARO, *L'attribuzione di capacità*, cit., p. 72.

¹¹ La patologia è così denominata in onore del suo scopritore, Hans Asperger, che negli anni Quaranta del secolo scorso individuò in un gruppo di bambini con interessi compulsivi, inattitudine relazionale, peculiarità linguistiche, manierismi e goffaggine. Per approfondimenti si v. E. VALTELLINA, *Tipi umani particolarmente strani. La sindrome di Asperger come oggetto culturale*, MIMESIS, Milano, 2016, pp. 10-11.

del neurosviluppo che limita le capacità comunicative e di socializzazione senza, tuttavia, comportare disabilità intellettive o linguistiche. Nel 1994 la sindrome di Asperger viene implementata nel DSM4 — vale a dire il manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali — sotto la voce “disturbi generalizzati dello sviluppo”. Nel maggio del 2013, nella nuova edizione del DSM-5-TR la sindrome di Asperger scompare come diagnosi, per essere sussunta nel più generale “spettro autistico” come sua fascia *High-end.*, ossia ad alto funzionamento¹².

Il *punctum dolens* attiene, però, all'esatta qualificazione da attribuire alla patologia in esame, rilevante ai fini dell'applicabilità degli artt. 88 e 89 c.p.

Si è già visto¹³ come l'attività ermeneutica della Corte di Cassazione abbia esteso, nel corso del tempo, il concetto di infermità mentale affrancandolo definitivamente dal concetto di “malattia” *strictu sensu* inteso dal legislatore del 1930.

Ebbene, per quel che in questa sede interessa, nel *genus* “infermità mentale” sicuramente si devono ricomprendere le anomalie psichiche che, pur sfuggendo ad una classificazione nosografica, sono idonee ad influire sulla capacità di intendere e volere del soggetto agente. Trattasi, in sostanza di psicopatie, intese quali disturbi della personalità afferenti al profilo caratteriale, alla vita affettiva, alla volontà e alla sfera intellettuale; di nevrosi e di “disturbi degli impulsi”, vale a dire l'anomalia che si manifesta con intensità e modalità tali da “rompere gli schemi” fino a portare in superficie una personalità “abnorme”¹⁴.

Discorso diverso, invece, per le anomalie caratteriali. La giurisprudenza di legittimità ha escluso le disarmonie caratteriali, ivi incluse le alterazioni, le deviazioni di carattere e di sentimento anche laddove esse afferiscano alla sfera del processo psichico di determinazione e di inibizione ma senza incidere sulla capacità di autodeterminazione del soggetto¹⁵.

Ebbene, il *discrimen* tra anomalie psichiche e caratteriali assume una particolare rilevanza, sicché catalogare la sindrome di Asperger sotto l'una o l'altra rileva ai fini dell'imputabilità.

¹² *Ibidem.*

¹³ V. *retro* par. 2.

¹⁴ In tal senso Sez. un., 8 marzo 2005, 9136, Rosato.

¹⁵ Cass. pen., 11 gennaio 2013, n. 7907.

L'esperienza giudiziaria, sul punto, non ha offerto spunti particolarmente illuminanti. Vi è – sì – una casistica in base alla quale è stata riconosciuta la seminfermità mentale nei soggetti affetti dalla sindrome di Asperger; tuttavia, gli imputati erano affetti da ulteriori patologie le quali, complessivamente considerate, facevano scemare grandemente la capacità di intendere e volere¹⁶.

Il dato non è di poco conto.

Nella quasi totalità dei casi la sindrome di Asperger viene diagnosticata in presenza di comorbidità quali la depressione, l'ansia, il disturbo ossessivo-compulsivo, il disturbo bipolare, la sindrome di Tourette o, ancora, la disprassia¹⁷.

Sicché, in assenza di ulteriori disturbi, la sindrome di Asperger ancorché diagnosticabile, difficilmente può escludere l'imputabilità neppure in forma parziale. Sulla scorta delle più recenti conoscenze scientifiche, infatti, essa non comporta una disabilità intellettiva quanto, invece, un ritardo nella maturità sociale, nel pensiero sociale, una difficoltà nel controllo delle emozioni¹⁸.

Sotto questo profilo, allora, si potrebbe parlare — ancorché in termini generici — di “disabilità relazionale”¹⁹, ossia la difficoltà intesa come «non la corrispondenza alle attese dell'altro nell'interazione in presenza; un inciampo a qualche livello della comunicazione». Il che può tradursi, come accertato in taluni procedimenti giudiziari²⁰, in una vulnerabilità nella condizione di filtro, intesa come la capacità di decifrare le intenzioni altrui, rendendo maggiormente difficoltosa la possibilità di opporsi al proprio interlocutore.

Ciò comporta inevitabilmente una maggiore vulnerabilità dell'individuo il quale, pur di ricevere la compiacenza altrui, mostra un elevato grado di accondiscendenza anche in relazione a situazioni non volute²¹.

¹⁶ Trib. Trieste, 23/09/2021, n.1389, in *Dejure*; Cass. pen., 30/06/2022, n.34832, in *Dejure*.

¹⁷ M. L. KUTSCHER, T. ATTWOOD, R.R. WOLFF, *Kids in the Syndrome Mix of ADHD, LD, Asperger's, Tourette's, Bipolar, and More!: The One Stop Guide for Parents, Teachers, and Other Professionals*, 2005; J. R. Brasic, MD, MPH, R.H Morgan Department of Radiology and Radiological Science, Johns Hopkins University School of Medicine: *Asperger's Syndrome*.

¹⁸ www.is.it

¹⁹ E. VALTELLINA, *Tipi strani*, cit., p. 11.

²⁰ Cass. pen., 5 luglio 2022, n. 38862, in *Dejure*.

²¹ *Ibidem*.

Nonostante la definizione di spettro autistico sostituisca la definizione di sindrome di Asperger e, quindi, la persona interessata non abbia una disabilità intellettiva e non necessiti di supporti intensivo ma, al contrario, goda di una discreta capacità di autonomia, essa risulta inserita nella macrocategoria della disabilità e, tale ragione, ad essa andrebbero ricondotte le regole sostanziali richiamate nelle pagine precedenti.

2.2 – Proseguendo l'analisi della legislazione penale sul tema della disabilità, sotto il profilo del soggetto passivo del reato, vengono in rilievo una pluralità di fattispecie di parte speciale che ricomprendono nell'alveo del penalmente rilevate la condizione di inferiorità psico-fisica.

Nel lumeggiare le fattispecie di reato in esame si farà ricorso, per una maggiore comodità espositiva, ai criteri classificatori dei reati fatti propri dal legislatore.

Ebbene, nell'ambito dei "delitti contro la famiglia" viene in rilievo l'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 558-*bis*, comma 2, c.p. in tema di costrizione o induzione al matrimonio; nei "delitti contro l'assistenza familiare" necessitano di menzione l'art. 572, comma 2, c.p. che disciplina l'ipotesi dei maltrattamenti contro familiare e conviventi e l'art. 574 c.p. in tema di sottrazione di persona incapace; nei "delitti contro la vita e l'incolumità individuale" meritano menzione gli art. 579, comma 2 n. 2, c.p. per l'ipotesi dell'omicidio del consenziente, l'art. 580 comma 2 c.p. in tema di istigazione o aiuto al suicidio, l'art. 591 c.p. in tema di abbandono di persone minori o incapaci, l'art. 593 c.p. concerne l'omissione di soccorso; nei "delitti contro la libertà individuale" vengono in auge le fattispecie delittuose previste dagli artt. 600, comma 2 c.p. che sanziona la riduzione o il mantenimento in schiavitù o servitù, l'art. 601 c.p. in tema di tratta di persone, l'art. 609-*bis*, comma 2 n. 1, c.p. in ordine alle ipotesi di violenza sessuale, l'art. 612-*bis*, commi 3 e 4, c.p. che impone un aggravio di pena e la procedibilità d'ufficio nei casi in cui gli atti persecutori siano perpetrati in danno di una persona con disabilità e, da ultimo, l'art. 612-*ter*, comma 2, c.p. in ordine all'ipotesi di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti; infine, nei "delitti contro il patrimonio mediante frode" merita menzione l'art. 643 c.p. avente ad oggetto la circoscrizione di incapace.

Tutte le ipotesi ivi menzionate contengono tra gli elementi costitutivi del reato la condizione di minorazione psico-fisica della vittima.

La *ratio* di queste fattispecie risiede nell'esigenza di apprestare una tutela maggiore — mediante un inasprimento del sistema sanzionatorio — nei confronti del soggetto passivo del reato, maggiormente esposto al rischio di una lesione o messa in pericolo del bene giuridico in virtù della condizione di minorazione di cui è affetto.

Oltre alla disciplina codicistica è possibile individuare ulteriori provvedimenti legislativi posti a tutela della disabilità. Il riferimento, in questo caso, è all' art. 36 rubricato "aggravamento delle sanzioni penali" previsto dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 recante "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*" il quale introduce una circostanza aggravante speciale "ad effetto speciale"²².

Infatti, secondo quanto previsto dalla citata disposizione «*quando i reati di cui all'articolo 527 del codice penale, i delitti non colposi di cui ai titoli XII e XIII del libro II del codice penale, nonché i reati di cui alla legge 20 febbraio 1958, n. 75, sono commessi in danno di persona portatrice di minorazione fisica, psichica o sensoriale, la pena è aumentata da un terzo alla metà. 2. Per i procedimenti penali per i reati di cui al comma 1 è ammessa la costituzione di parte civile del difensore civico, nonché dell'associazione alla quale risulti iscritta la persona handicappata o un suo familiare*».

In breve, occorre evidenziare che la circostanza in esame troverà applicazione ogniqualvolta la fattispecie criminosa degli atti osceni, nonché i reati rientranti nel catalogo dei delitti contro la persona e contro il patrimonio, siano commessi in danno di un soggetto disabile. Alla già menzionata elencazione bisogna aggiungere, poi, i delitti previsti dalla legge "Merlin"²³, che

²² In ossequio ad esigenze di completezza ed esaustività si fa presente che le circostanze aggravanti speciali ad effetto speciale sono quelle circostanze che vengono applicate solo a determinati reati preventivamente individuati e comportano un aumento di pena da un terzo sino alla metà. Trattandosi di circostanze ad effetto speciale, poi, esse sfuggono alle regole generali del bilanciamento delle circostanze previsto dagli art. 63, comma 3 e 69 c.p.

²³ Legge 20 marzo 1958, n. 75 rubricata "*Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*" punisce con la reclusione da due a sei anni e la confisca ex art. 240 c.p. chiunque 1) chiunque, trascorso il termine indicato nell'art. 2, abbia la proprietà o l'esercizio, sotto qualsiasi denominazione, di una casa di prostituzione, o comunque la controlli, o diriga, o amministri, ovvero partecipi alla proprietà, esercizio, direzione o amministrazione di essa; 2) chiunque avendo la proprietà o l'amministrazione di una casa od altro locale, li conceda in locazione a scopo di esercizio di una casa di prostituzione; 3) chiunque, essendo proprietario, gerente o preposto a

sanzionano lo sfruttamento della prostituzione. L'art. 4, comma 1 n. 2, della citata legge prevede, a sua volta, un raddoppio di pena nel caso in cui il fatto sia commesso ai danni di persona minore degli anni 21 o nei confronti di persona in stato di infermità o minoranza psichica, naturale o provocata.

La legge 104 con la previsione dell'aggravante in esame ha inserito, per la prima volta, il termine disabilità nella disciplina penalistica.

Tuttavia, il dato necessita di qualche precisazione. La previsione *ex art. 36* non può essere applicata indiscriminatamente ad ogni fattispecie prevista dal catalogo individuato dal legislatore. Ciò in quanto vi è il rischio di applicare l'aumento di pena in esame a delitti che abbiano già, tra gli elementi costitutivi, la condizione di infermità. È il caso, ad esempio, dell'art. 609-*bis*, comma 2, n. 1 c.p. che disciplina l'ipotesi di violenza sessuale mediante induzione al compimento di atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità della vittima al momento del fatto. In questo caso il legislatore ha già previsto, infatti, la minorazione psichico-fisica e l'ha qualificata, in virtù della tecnica normativa utilizzata, elemento costitutivo del fatto²⁴. Se, una volta accertato

un albergo, casa mobiliata, pensione, spaccio di bevande, circolo, locale da ballo, o luogo di spettacolo, o loro annessi e dipendenze o qualunque locale aperto al pubblico od utilizzato dal pubblico, vi tollera abitualmente la presenza di una o più persone che, all'interno del locale stesso, si danno alla prostituzione; 4) chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione, o ne agevoli a tal fine la prostituzione; 5) chiunque induca alla prostituzione una donna di età maggiore, o compia atti di lenocinio, sia personalmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia a mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità; 6) chiunque induca una persona a recarsi nel territorio di un altro Stato o comunque luogo diverso da quello della sua abituale residenza, la fine di esercitarvi la prostituzione ovvero si intrometta per agevolarne la partenza; 7) chiunque espliciti un'attività in associazioni ed organizzazioni nazionali ed estere dedite al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione od allo sfruttamento della prostituzione, ovvero in qualsiasi forma e con qualsiasi mezzo agevoli o favorisca l'azione o gli scopi delle predette associazioni od organizzazioni; 8) chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui. In tutti i casi previsti nel n. 3) del presente articolo alle pene in essi comminate, sarà aggiunta la perdita della licenza d'esercizio e potrà anche essere ordinata la chiusura definitiva dell'esercizio. I delitti previsti dai nn. 4) e 5), se commessi da un cittadino in territorio estero, sono punibili in quanto le convenzioni internazionali lo prevedano».

²⁴ Sulla distinzione tra l'elemento costitutivo del reato ed elemento circostanziale vi è una copiosa, ancorché non unanime, letteratura e una uniformità di vedute non si registra neppure nella giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, in ossequio a ragioni di economia basterà, in questa sede, dar conto degli ultimi arresti delle Sezioni Unite che hanno tracciato — nel corso degli anni — gli elementi distintivi. Ad esempio, l'alto consesso mediante la sentenza Cass., sez. un., 26 giugno 2002, Fedi, Rv. 221663, ha individuato il *discrimen* nel "criterio strutturale della descrizione del precetto penale", che si sostanzia mediante il rinvio ad altro reato del quale quello circostanziale non muta gli elementi es-

il fatto, si applicasse l'aumento *ex art. 36* si sanzionerebbe due volte il medesimo accadimento. Oltretutto, un simile epilogo oltre che lesivo del *favor rei* rappresenterebbe una plastica violazione della regola generale del bilanciamento delle circostanze *ex art. 61*, comma 1, c.p. la quale sancisce il divieto di applicazione delle circostanze aggravanti quando queste siano elementi costitutivi del reato. In questo senso, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità²⁵: è stato stabilito, infatti, come non possa trovare accoglimento la tesi esegetica volta ad individuare, nella previsione di cui *art. 36*, la volontà legislativa finalizzata a sanzionare più pesantemente le fattispecie di reato contemplate dalla disposizione in esame. Il dettato codicistico — pacifico nel delineare le ipotesi di incompatibilità tra elementi costitutivi e circostanze aggravanti — non può essere superato.

Continuando nel solco appena tracciato giova ricordare come il principio appena richiamato valga anche per altre ipotesi: ad esempio, in relazione all'applicabilità dell'*art. 643* c.p. che disciplina la circonvenzione di incapace «Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 206 a euro 2.065».

Dalla lettura della disposizione emerge come il presupposto necessario per la fattispecie in esame sia la minorazione psichica secondo le forme individuate dalla legge. In tale ipotesi, dunque, contrariamente alla fattispecie *ex art. 609-bis* c.p. la disabilità fisica non è un elemento al quale attribuire rilevanza penale. Anche nell'ipotesi in ultimo menzionata, quindi, valgono i principi sopra espressi in ordine al divieto di applicazione dell'aggravante *ex art. 36* quando la condizione di infermità sia stata già valutata quale elemento costitutivo del reato.

senziali; insegnamento parzialmente diverso, però, con le Sezioni Unite nel 2010 le quali hanno ridimensionato il criterio strutturale alla stregua di un elemento indiziato di cui tener conto unitamente ad altri indici, quali il significato letterale della disposizione, il criterio teleologico, il criterio del *favor rei*. Per una completa disamina sia consentito il rinvio a F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni unite sui "criteri di distinzione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 1564-1593.

²⁵ Il riferimento è a Cass. pen., 8 gennaio 2015, n. 19172.

3. – Come già affermato in precedenza²⁶, il codice di rito dispone di un nutrito gruppo di norme poste a presidio della “vulnerabilità”: essa rappresenta una particolare situazione di sopraffazione, di debolezza fisica o mentale che pone l’individuo in una situazione di fragilità tale da comprometterne la capacità di difesa sia fattuale che processuale. Va da sé che, se un soggetto disabile è al contempo un individuo vulnerabile, non vale l’inverso, in quanto la vulnerabilità è categoria concettuale più ampia.

Sotto questo profilo, la disciplina processuale restituisce poche disposizioni normative: a venire in rilievo è, in primo luogo, la “capacità processuale”²⁷ dell’imputato, ossia l’idoneità ad esercitare nel corso del processo tutti i diritti e le facoltà riconnesse a tale *status*.

È possibile individuare poche altre disposizioni volte a mitigare le oggettive difficoltà che il soggetto disabile può incontrare nella celebrazione di un processo caratterizzato dal principio di oralità.

È il caso, ad esempio, dell’art. 119 c.p.p. che disciplina la partecipazione del sordo, del muto o del sordomuto agli atti del procedimento. Ebbene, il codice prevede che quando il soggetto «vuole o deve fare dichiarazioni, al sordo si presentano per iscritto le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde oralmente; al muto si fanno oralmente le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde per iscritto; al sordomuto si presentano per iscritto le domande, gli avvertimenti e le ammonizioni ed egli risponde per iscritto. Se il sordo, il muto o il sordomuto non sa leggere o scrivere, l’autorità procedente nomina uno o più interpreti, scelti di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui».

La citata disposizione è stata dichiarata incostituzionale²⁸ nella parte in cui non riconosce il diritto all’imputato sordo, muto o sordomuto, indipendentemente dal fatto che sappia o meno leggere e scrivere, di farsi assistere gratuitamente da un interprete, scelto di preferenza fra le persone abituate a trattare con lui, al fine di potere comprendere l’accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa.

²⁶ V. *retro* par. 1.

²⁷ Il tema è ampiamente dibattuto in dottrina. Sia consentito il rinvio a L. SCOMPARN, *La nuova causa di improcedibilità per incapacità irreversibile dell’imputato: il traguardo di una soluzione attesa e i residui dubbi sui margini dei poteri proscioglitori del giudice*, in *La legisl. pen.*, 2017, pp. 1-9.

²⁸ Corte cost., 14 luglio 1999, n. 341.

Trattasi, in sostanza, di un impianto codicistico “datato” in cui non si è registrato, nel corso degli anni, un intervento giurisprudenziale neppure tanto incisivo. Merita menzione una non recentissima pronuncia della Corte di Cassazione ²⁹ allorquando è stata dichiarata illegittima la dichiarazione di contumacia per la persona portatrice di *handicap* che, nonostante avesse preventivamente manifestato la sua intenzione di partecipare al dibattimento, al contempo, fu impossibilitata ad accedere all'aula di udienza a causa della presenza di barriere architettoniche.

Quanto affermato sarebbe già di per sé sufficiente, a dire il vero, per delineare l'attuale quadro giuridico processuale della disabilità. Un risultato non perfettamente soddisfacente, in quanto emerge plasticamente come la

la disabilità fisica, nel processo penale, sia stata a lungo tempo rilegata in secondo piano nonostante essa sia strettamente collegata al diritto di partecipazione al processo e, dunque, al diritto di difesa.

Il codice di rito, invece, ha sempre dato “prevalenza” all'infermità psichica, prevista dagli artt. 70, 71, 72 e 72-*bis* c.p.p. predisponendo, infatti, una serie di adempimenti volti ad accertare la capacità dell'imputato di stare al processo, mediante l'espletamento di una perizia e la sospensione del processo nelle more. Se lo stato mentale dell'imputato versa in uno stato irreversibile il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere.

Probabilmente la scelta di fondo risiede nel fatto che è l'infermità psichica la condizione principale che produce importanti riflessi sull'imputabilità e la conseguenziale capacità di stare in giudizio dell'individuo.

Fin qui, invero, nulla vi sarebbe da obiettare.

Tuttavia, ed è questo l'elemento di novità, tale rilievo non ha trovato accoglimento da parte della Corte costituzionale ³⁰. I giudici delle leggi, con la recente sentenza del febbraio 2023 attraverso una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 72-*bis* c.p.p. e 159 c.p. ³¹, hanno disconosciuto la radicale eterogeneità tra l'infermità fisica e mentale.

²⁹ Cass. pen., 7 dicembre 2001, n.3376, in Arch. nuova proc. pen., 2002. Sul tema si v. anche A. Gerardi, Una finestra sui diritti processuali delle persone con disabilità, in Arch. pen., 2023, pp. 1-19.

³⁰ Corte cost., 23 febbraio 2023, n. 65 in www.cortecostituzionale.it

³¹ Per quanto riguarda la questione subordinata della prescrizione *ex* art. 159 c.p. si fa presente che secondo il Tribunale rimettente il legittimo impedimento a comparire dell'imputato è causa di sospensione della prescrizione. Tuttavia, in ipotesi di irreversibilità dell'impedimento la prescrizione non maturerebbe mai e il reato si estinguerrebbe solo con la morte del reo.

Il dato è particolarmente significativo ed è doveroso darne le coordinate minime.

La decisione *de qua* ha ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72-*bis* c.p.p. per violazione dell'art. 3 Cost. nella parte in cui «non prevede che il giudice dichiari di non doversi procedere nei confronti dell'imputato anche nei casi in cui la sua irreversibile incapacità di partecipare coscientemente al processo discenda da patologie fisiche e non mentali». Secondo il giudice rimettente, a fronte della grave patologia degenerativa dell'imputato, il giudizio non avrebbe potuto celebrarsi stante la sua conclamata — e oramai irreversibile — incapacità processuale. Sicché, per il giudice *a quo*, ci si sarebbe trovati in una situazione simile a quella disciplinata dall'art. 72-*bis* c.p.p. rubricato “Definizione del procedimento per incapacità irreversibile dell'imputato” a mente del quale «se, a seguito degli accertamenti previsti dall'articolo 70, risulta che lo stato mentale dell'imputato è tale da impedire la cosciente partecipazione al procedimento e che tale stato è irreversibile, il giudice, revocata l'eventuale ordinanza di sospensione del procedimento, pronuncia sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca».

Il tenore letterale della disposizione, invero, non lascerebbe adito a dubbi circa la sua riconducibilità, giustappunto, a situazioni derivanti da infermità mentale. Ciononostante, si assisterebbe ad una violazione del principio di eguaglianza per il solo fatto di non aver ricompreso nelle ipotesi *de quibus* le situazioni che, pur originando da malesseri fisici, conducano al medesimo epilogo.

Ci si troverebbe, ancora una volta, dinanzi al problema degli “eterni giudicabili”³².

È necessario evidenziare, comunque, come l'incidente di incostituzionalità portato all'attenzione della Corte non sia nuovo nel panorama giuridico. Una situazione simile venne già prospettata nel lontano 1996³³. Nel 2004,

³² Il tema è ampiamente dibattuto. Sia consentito segnalare, senza pretesa di esaustività, H. BELLUTA, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015; MICHELETTI, *“Eterni giudicabili” dal monito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 370; V. SANTORIELLO, *Esclusa l'applicabilità dell'art. 72 bis c.p.p. nei casi di infermità di carattere fisico*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, pp. 2-13.

³³ In quell'occasione la Consulta fu investita di una questione di incostituzionalità particolarmente

invece, la Corte costituzionale — pur ritenendo infondata la q.l.c. degli artt. 70, 71 e 72 c.p.p. — diede una interpretazione estensiva della locuzione “infermità mentale” affermando come l'intero ordinamento giuridico fosse volto a «prevedere la sospensione del processo ogni volta che lo stato mentale ne impedisse la cosciente partecipazione al processo»³⁴.

Ebbene, per “partecipazione cosciente” secondo la Consulta doveva intendersi non solo la consapevolezza dell'imputato circa gli accadimenti esterni ma anche la possibilità concreta [dell'imputato] di essere parte attiva nella vicenda e di esprimersi esercitando il suo diritto di autodifesa³⁵.

Purtuttavia, l'orientamento espresso in quell'occasione improntato ad una valutazione globale dello stato generale dell'imputato relegando ad elemento relativo l'origine della malattia, non ha trovato accoglimento della giurisprudenza di legittimità, la quale ha negato l'applicazione, in via analogica, dell'art. 72-*bis* c.p.p. all'incapacità processuale avente natura fisica³⁶.

Orbene, il mutato contesto normativo — frutto dell'interpolazione dell'art. 72-*bis* c.p.p. ad opera della “Riforma Orlando”³⁷ — nonché la richiesta sollevata, volta ad ottenere una causa immediata di proscioglimento, hanno indotto il giudice delle leggi a sopperire al mancato intervento legislativo al cui appello — nel corso degli anni — è sempre rimasto sordo.

Di talché, prendendo atto della effettiva disparità di trattamento che subirebbe l'imputato affetto da una infermità fisica, la Corte rifiuta la sostan-

complessa: il giudice rimettente chiedeva alla Corte un intervento manipolativo sul tessuto codicistico che rimodellasse, sotto differenziati aspetti, la disciplina dell'impedimento a comparire dell'imputato, la durata e la prosecuzione del dibattimento nonché il regime e gli effetti stabiliti dalla legge per l'ipotesi in cui l'imputato, per infermità mentale, non fosse in grado di partecipare coscientemente al processo. Considerato che l'accoglimento dei *petita* nei termini così come rappresentati avrebbe determinato l'effetto di inserire nel tessuto codicistico nuove ipotesi di sospensione e di incapacità dell'imputato e, quindi, determinare conseguenze penali *contra reum* non consentite alla Corte costituzionale. Venne dichiarata solo l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non prevede che la disciplina ivi contenuta non trovi applicazione nel caso di accertato impedimento fisico permanente che non permetta all'imputato di comparire all'udienza, ove questi non consenta che il dibattimento prosegua in sua assenza.

³⁴ Corte cost., 29 ottobre 2003, n. 39, in *giurcost.org*

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Il riferimento è a Cass. pen., 15 marzo 2021, n. 14853; Cass. pen., 30 settembre 2022, n. 41486.

³⁷ Legge 23 giugno 2017, n. 103 rubricata “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”.

ziale differenziazione della malattia in base alla “fonte”, poiché significherebbe non apprestare adeguata tutela a quelle forme di infermità e/o minorazione aventi anche natura fisica e che, al pari di quelle mentale, non consentono all'imputato le facoltà di coscienza, di pensiero, di percezione e di espressione. In conseguenza di quanto sinora affermato viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 72-*bis* e — in via consequenziale — degli artt. 70, comma 1, 71, comma 1, 72, commi 1 e 2 c.p.p. nella parte in cui si riferiscono allo stato mentale anziché a quello psicofisico.

Va da sé che l'importanza di questa pronuncia non è in discussione.

Il riconoscimento dell'infermità fisica, ove interferisca con la piena consapevolezza degli accadimenti del mondo esterno, assume rilevanza penale e induce, quindi, il giudicante ad emettere un provvedimento di proscioglimento per causa di improcedibilità.

Si assiste, quindi, al primo riconoscimento “formale” della disabilità fisica — comunemente intesa — mediante l'estensione, a quest'ultima, delle categorie processuali tradizionalmente riservate alle anomalie psichiche.

4. — Giunti all'epilogo di questo elaborato, è possibile offrire qualche valutazione.

Ancorché il sistema penale sia tendenzialmente completo, è possibile ravvisare talune criticità in cui il diritto penale, per quanto coadiuvato dalle neuroscienze, non sempre può offrire adeguate forme di tutela. È il caso, come si è visto, della Sindrome di Asperger. Difatti, in assenza di comorbilità, la gravità della patologia non è tale da poter incidere sull'imputabilità del soggetto, neppure, sotto forma del vizio parziale di mente. Ciò non significa che il soggetto affetto dalla patologia *de qua* debba essere “scusato” — qui inteso in senso atecnico — a priori. Se è vero che non comporta una incapacità di intendere e volere, è pur vero che potrebbe rilevare in sede di commisurazione della pena, ai sensi dell'art. 132, comma 2, c.p. al fine di adeguare la pena al concreto disvalore del fatto, desunto — altresì — dalle condizioni soggettive del reo.

In sede processuale, invece, il discorso muta sensibilmente. Il codice di rito non contiene una disciplina organica per far fronte alla disabilità.

Vi sono, sì, alcune disposizioni processuali che richiamano il concetto della disabilità ma ciò avviene, principalmente, nella fase di esecuzione della

pena. Quest'ultima, come noto, gode di piena autonomia ed indipendenza rispetto al processo di cognizione e negli anni si è registrata una intensa attività ermeneutica della Corte costituzionale. È il caso, ad esempio, dell'art. 47-ter ord. pen. a mente del quale il Tribunale di sorveglianza può disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare, anche derogando ai limiti edittali di cui al comma 1 della medesima disposizione nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta.

Tuttavia, tale attenzione delle Corti superiori non si è registrata con espresso riferimento al binomio processo di cognizione-disabilità fisica. Eppure, il processo penale è il luogo simbolo dell'esercizio del diritto di difesa che, in quale tale, dovrebbe essere tutelato e preservato da ogni circostanza concretamente idonea a lederlo. Ciononostante, l'esperienza processuale si è posta in termini diametralmente opposti a quanto sinora affermato.

La rilevanza dell'infermità fisica è sempre stata carente anche laddove questa abbia ostacolato, nella prassi, la partecipazione attiva dell'imputato. Solo recentemente, e a distanza di oltre venti anni dalla prima pronuncia, la Consulta ha dato una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni codicistiche, al fine di dare concreta attuazione al principio dell'eguaglianza sostanziale. Il percorso, però, è ancora lungo.

Tuttavia, anche sulla spinta del legislatore europeo, è ben possibile auspicare per il prossimo futuro una maggiore sensibilizzazione sul tema anche nel processo penale.

Abstract

Il presente lavoro affronta il tema dei rapporti tra la disabilità e le scienze penali, al fine di comprendere se l'ordinamento giuridico abbia fornito idonei strumenti per la tutela degli individui affetti da infermità psico-fisica. L'analisi restituisce una legislazione tendenzialmente completa nel campo del diritto penale, sebbene non esente da talune criticità. Diversamente, invece, da quanto avviene nel processo penale, in cui la tutela della disabilità è stata a lungo relegata in secondo piano. Solo nel 2023, infatti, la Corte costituzionale ha riconosciuto adeguata tutela processuale anche alla disabilità fisica estendo, a queste ultime, le disposizioni previste per le anomalie psichiche.

This paper questions the relationship between disability and the criminal sciences, in order to understand whether the legal system has provided suitable instruments for the protection of individuals with psycho-physical infirmity. The analysis returns a tendentially complete legislation in the field of criminal law, although not free from certain criticalities. In contrast, however, is the case in criminal proceeding law, where the protection of disability has long been relegated to the background. It was not until 2023, in fact, that the Constitutional Court recognised adequate procedural protection even for physical disabilities by extending the provisions provided for mental disabilities to the latter.