

Federico Bacco

La circoscrizione di incapaci tra tutela del patrimonio e tutela della persona



Giappichelli

CAPITOLO I

“INCAPACI” E CIRCONVENZIONE: L’EVOLUZIONE STORICA E LA REALTÀ ATTUALE

SOMMARIO: 1. Gli “uccellatori di eredità” e la *circumscriptio adulescentium*. – 2. Dall’*Abuse de confiance* al codice Zanardelli. – 3. Gli “incapaci” nel codice Rocco. – 3.1. La problematica relativa ai soggetti totalmente incapaci. – 3.2. Infermi, deficienti psichici e minori d’età. – 3.3. Il concetto di “deficienza psichica”. – 4. Abuso e induzione.

1. Gli “uccellatori di eredità” e la *circumscriptio adulescentium*

Le radici storiche assumono un’importanza tutt’altro che secondaria nell’analisi dei problemi che si stagliano dietro la norma di cui all’art. 643 del codice penale italiano.

L’esame diacronico delle vicende del delitto di circonvenzione di incapaci evidenzia come nella genesi storica della fattispecie possano individuarsi due momenti: il primo, caratterizzato dalla manifestazione di fenomeni di riprovazione sociale aventi ad oggetto situazioni assimilabili anche soltanto *lato sensu* al tipo “circonvenzione di incapaci”; il secondo, riconducibile invece alla comparsa di fattispecie che, visto l’ambito di tutela e considerata la formulazione letterale, possano dirsi antesignane della norma in esame.

La prima di queste due fasi ci conduce al II sec. d.C. attraverso gli scritti di un esponente, ancorché tardo, di quell'inesauribile bacino di intellezioni che è stata la letteratura greca. L'autore in questione è Luciano di Samosata, e l'opera che risulta utile alla nostra ricerca è i *"Dialoghi dei morti"*¹.

All'interno di una produzione letteraria causticamente ironica e severa fustigatrice delle false credenze e dell'irrazionalismo, l'autore, con la summenzionata opera, dipinge un satirico e beffardo affresco dei «vizi e delle stoltezze degli uomini»². Esplorando tali debolezze, nel dialogo tra Plutone ed Ermete, viene descritta la figura dei cosiddetti "uccellatori di eredità": erano così chiamati gli individui che sollevano circuire gli anziani facoltosi al fine di farsi nominare eredi e intascare, dopo la dipartita, il loro patrimonio. Il riferimento alla condotta circonventiva è evidente, e l'approfittamento della situazione di debolezza, sapientemente elevata a mezzo per l'arricchimento, suscita nell'Autore un profondo biasimo.

Tali manifestazioni e la loro trattazione nella suddetta opera sono chiaro segnale di un atteggiamento di condanna sociale per un fenomeno che, molti secoli dopo, vedremo cristallizzato in norme incriminatrici. Le fonti di epoca romanistica non segnalano l'approntamento di una specifica tutela contro tali condotte, inducendoci a desumere che unico rimedio, nell'eventualità di coartazione o fraudolento

¹ *"Dialoghi di Luciano"*, in *Classici Greci UTET*, a cura di V. Longo, I, Torino, 1995, p. 338 ss. I protagonisti del dialogo, Plutone ed Ermete, parlano della presenza di una vera e propria schiera di adulatori intorno al vecchio Eucrate, ricchissimo e senza figli. Il folto numero, ricondotto all'iperbolica cifra di "quasi cinquantamila", suscita lo sdegno di Plutone, che esorta Ermete a "tirare giù" negli inferi costoro, rei di desiderare la morte del vecchio per impossessarsi dell'eredità senza essere parenti, dopo averlo appunto lungamente adulato e, quindi, circonvenuto, in vita.

² BARBERO, *Civiltà della Grecia antica*, Milano, 1995, p. 694.

raggiro della *voluntas testatoris*, fosse il ricorso alla *querela inofficiosi testamenti*³.

Diverso è invece il piano di lettura utilizzato dai compilatori romani per reprimere quello che, in dottrina⁴, viene considerato il primo, reale antecedente della fattispecie descritta dall'art. 643 c.p.: parliamo della *Lex Laetoria* (o *Plae-toria*), la cui stesura è convenzionalmente collocata all'inizio del II sec. a.C, quindi ben tre secoli prima delle critiche lucianee. La condotta tipizzata è tuttavia differente: la *lex* in questione, ancorché non ne sia pervenuto il testo, incrimina la cosiddetta "*circumscriptio adulescentium*", ovvero l'ingiusto arricchimento in sede contrattuale, derivato dallo sfruttamento delle condizioni di inferiorità del contraente minore d'età⁵. I giuristi romani teorizzavano in questo senso una forma di abuso, che, come vedremo, verrà ripresa in modo simile nei suoi aspetti fattuali dal codice Rocco.

Pur non potendosi affermare in modo univoco un rapporto di derivazione tra la *circumscriptio adulescentium* e l'art. 643, sembra ipotesi più razionale ricercare l'archetipo teorico della circonvenzione di incapaci nella disposizione della *Lex Laetoria*, invece che richiamare, forse in modo un po' vago, il semplice stellionato⁶, atto a punire le frodi contrattuali in genere. Il nucleo concettuale, incentrato sulla teorizzazione dell'abuso di una condizione di inferiorità, è infatti il medesimo che porterà all'elaborazione normativa di epoca napoleonica, e, in seguito, unito alle summenzio-

³ PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, p. 562 s.

⁴ In tal senso FERRANTE, *La circonvenzione di persone incapaci*, Torino, 1999, p. 2; MARINI, voce *Incapaci (circonvenzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 309; DE SANCTIS-DE SANCTIS, *Aspetti problematici del delitto di circonvenzione di persone incapaci*, in *Riv. pol.*, 1983, p. 626 s.

⁵ Così SITZIA, voce *Curatela*, in *Tutela e curatela (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 1973, p. 918.

⁶ LUCCHINI, *Abuso dei bisogni, dell'inesperienza o delle passioni dei minori*, in *Dig. it.*, vol. I, parte I, Torino, 1884.

nate forme di aggressione nei confronti di soggetti labili di mente, darà vita al *corpus* della norma che comparirà nel codice Zanardelli del 1889⁷.

2. Dall'“*Abuse de confiance*” al codice Zanardelli

Benché il salto sia di non lieve entità, la ricerca di una fattispecie in riferimento alla quale possa affermarsi la natura di fondamento dell'attuale delitto di circonvenzione di incapaci conduce al XIX secolo e, per la precisione, al *Code Napoleon* del 1810. Tale compilazione riporta, a fianco al delitto di appropriazione indebita, l'articolo 406, rubricato con il nome “*Abuse de confiance*”, e composto dal seguente dettato: «*Quicomque aura abusé des besoins, des faiblesses ou des passions d'un mineur, pour lui faire souscrire, à son préjudice, des obligations, quittances ou décharges, pour prêt d'argent, ou des choses mobilières ou d'effets de commerce ou de tous autres effets obligatoires, sous quelque forme que cette négociation ait été faite ou déguisée, sera puni d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus. Et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et des dommages – intérêts qui seront dus aux parties lésées, ni être moins de 25 francs. La disposition portée au second paragraphe du précédent article pourra de plus être appliquée*».

La condotta incriminata è basata sull'approffittamento dei bisogni, delle debolezze e delle passioni di una persona minore d'età, al fine di fargli sottoscrivere quietanze o discarichi, per prestiti di soldi o di cose mobili o per effetto di

⁷ Per una esauriente analisi delle fonti storiche si rinvia a FERRANTE, *op. cit.*, p. 7 ss. L'autore, oltre a svolgere un'accurata analisi della *circumscriptio adulescentium* e della sua genesi, arricchita dal sussidio di fonti giuridiche e letterarie, esamina approfonditamente anche lo scenario di epoca medievale.

commercio o di qualsiasi altro effetto obbligatorio; l'atto deve arrecare pregiudizio al minore.

Il soggetto che non abbia ancora raggiunto la maggiore età viene quindi considerato individuo che, se comparato con gli adulti, può presentare, sul piano emotivo e psicologico, una debolezza tale da giustificare una tutela particolare, affinché non rimanga vittima di condotte truffaldine nel corso di contrattazioni commerciali. L'ordinamento francese incentra quindi sulla difesa del minore la prevenzione dell'abuso di una condizione psichicamente labile, creando un precedente che, nei decenni successivi, influenzerà nel profondo i codici degli stati preunitari.

A tal riguardo, è utile ricordare che l'Italia postnapoleonica fu tutt'altro che solerte nel cancellare i residui normativi dell'egemonia francese. Difatti, dopo la fine del dominio del Bonaparte, il pensiero di gran parte di giuristi e legislatori, protagonisti della frammentata realtà italiana, non si fece promotore di alcuno spirito controriformistico, palesandosi invece come convinto sostenitore di una sostanziale continuità nel segno dei principi espressi dai codici francesi⁸.

Per tali motivi, dall'esame della legislazione preunitaria emerge come la norma dell'art. 406 del *Code Napoleon* sia stata spesso semplicemente tradotta con citazione integrale del testo originario.

Le poche eccezioni furono dovute all'aggiunta del concetto di "inesperienza del minore"⁹ e, innovazione assai più rilevante, nella sostituzione dell'elenco dei documenti che il soggetto passivo avrebbe dovuto sottoscrivere, con la locuzione "un documento qualunque"¹⁰. Non subì alcuna modi-

⁸ GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 2000, p. 227 ss.

⁹ Il riferimento è al codice penale sardo del 1839, nel quale la parola "inesperienza" sostituì quello che in francese era "debolezza".

¹⁰ Codice penale toscano del 1853. Si veda in relazione alle disposizioni degli altri codici preunitari quanto riportato in FERRANTE, *op. cit.*, p. 11 ss.

fica lo scheletro complessivo della norma, né fu quindi inserito alcun elemento che ne estendesse il raggio d'azione o potesse far dubitare della connotazione marcatamente patrimoniale dell'interesse protetto.

Con l'approvazione del codice Zanardelli, e la stesura dell'art. 415, si assistette a una decisa innovazione.

Tale disposizione, frutto di un lungo dibattito in sede parlamentare¹¹ che contribuì ad accentuarne i caratteri innovatori rispetto alle disposizioni preunitarie, mantenendo ferma l'incriminazione per l'abuso della debolezza psichica del soggetto minorenni, sancì l'ampliamento dei soggetti passivi con l'introduzione degli interdetti e degli inabilitati, e riformulò, in senso estensivo, le modalità di commissione dell'atto pregiudizievole nei confronti delle vittime, descrivendolo con la formula "sottoscrizione di un atto che comporti qualsiasi effetto pregiudizievole".

Pur essendo prematuro sostenere che vi sia stato uno svincolamento dalla *ratio* patrimonialistica, non sembra privo di fondamento affermare che le suddette modifiche siano state l'*incipit* della evoluzione culminata nella versione attualmente vigente: l'art. 415 del codice Zanardelli ha il merito di accogliere nel proprio ambito soggetti che prima erano tutelati solo in sede civilistica, estendendo le modalità lesive del bene tutelato e dando contemporaneamente adito, per la prima volta, alla possibilità di un ripensamento in merito alla collocazione codicistica della norma (all'epoca era contenuta nel capo III del titolo X del codice Zanardelli, dedicato ai delitti contro la proprietà). Persistono comunque evidenti limiti, data la mancata inclusione tra i soggetti tutelabili, degli individui il cui stato di incapacità non fosse stato riconosciuto da sentenze giudiziali.

Si trattava di problematiche a cui solo la codificazione

¹¹ Vedi FERRANTE, *op. cit.*, p. 16 ss.

successiva avrebbe dato una prima risposta, ma che suscitavano già negli interpreti coevi¹² non poche perplessità.

3. Gli "incapaci" nel codice Rocco

Il definitivo approdo legislativo si ebbe nel 1930, con l'emanazione del codice Rocco. Non furono recepite le doglianze di chi lamentava un'errata collocazione già all'epoca dello Zanardelli, e la norma sulla circonvenzione di incapaci fu inserita nei "Delitti contro il patrimonio" con delle innovazioni: fu ulteriormente ampliata la categoria dei soggetti passivi, non limitandola solo a coloro che erano contraddistinti da un'incapacità legalmente riconosciuta, ma introducendo i concetti naturalistici di "infermità" e "deficienza psichica", il secondo dei quali, come si avrà modo di vedere, è atto a ricomprendere molteplici forme, anche non patologiche, di inferiorità mentale. Sotto il profilo delle condotte, scomparve la dicitura "sottoscrizione di un atto", poiché sostituita dal mero "compimento", aprendo così il campo di rilevanza penale a una moltitudine di azioni anche meramente verbali. Infine, fu omessa la vecchia locuzione che riteneva il fatto punibile "nonostante la nullità derivante dall'incapacità personale". Quest'ultima modifica, ancorché in dottrina vi siano state opinioni contrarie¹³, fu salutata come necessaria per via della superfluità dell'assunto precedentemente riportato.

Invero, fu probabilmente questo uno degli elementi decisivi per l'emancipazione e l'affrancamento della norma in

¹² PANSINI, *op. cit.*, p. 205. Le critiche dell'autore muovevano dalla *ratio* della norma, che lui sosteneva essere d'impulso al riconoscimento di una natura non patrimoniale, bensì legata alla protezione della libertà individuale.

¹³ SANDULLI, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Giust. pen.*, 1936, p. 978 ss.

esame dalle sole sanzioni di tipo civilistico. Lo stesso Alfredo Rocco, dando conto dell'operato dei compilatori, sottolineò la volontà di punire i colpevoli degli abusi «a prescindere dall'effettiva realizzazione dell'oggetto dell'obbligazione da parte del colpevole ma prendendo in considerazione solo la potenziale capacità dell'atto a produrre effetti giuridici»¹⁴. Il cammino storico qui descritto mostra che furono notevoli i passi compiuti dalla scienza giuridica italiana per ovviare sia a problemi applicativi, sia a un orizzonte che ha gradualmente evidenziato istanze di tutela dalle coloriture non solo patrimonialistiche.

La rubrica dell'art. 643 cod. pen. circoscrive l'ambito di tutela riferendosi ai soggetti cosiddetti "incapaci". Trattasi di termine caratterizzato da una marcata latitudine di significato.

È stato infatti osservato¹⁵ che la titolatura che riporta il termine "incapace" è approssimativa, poiché nella sua accezione giuridica¹⁶ e naturalistica tende a designare categorie di persone che, pur rientrando nel campo applicativo della norma *de qua*, tuttavia non ne sono i destinatari esclusivi. Il dettato del codice Rocco menziona, infatti, soggetti come minori o "deficienti psichici", i quali, nel concreto,

¹⁴ Si veda la relazione del Guardasigilli Rocco, riportata in FERRANTE, *op. cit.*, p. 24 ss.

¹⁵ MARINI, *op. cit.*, p. 309.

¹⁶ La nozione di incapacità *lato sensu* viene richiamata in numerosi articoli del codice penale, talvolta menzionandola direttamente, altre volte col mero riferimento ad affezioni psicofisiche che, si intende, dovrebbero esserne la causa: si veda ad esempio l'art. 591 sull'abbandono di persone minori o incapaci, l'art. 579 sull'omicidio del consenziente, l'art. 580 sull'istigazione o aiuto al suicidio, l'art. 593 sull'omissione di soccorso o l'art. 574 sulla sottrazione di persone incapaci. Da tali articoli è assai difficile desumere una nozione unitaria, poiché anche gli stessi riferimenti extragiuridici sono spesso discordi. Si valuti inoltre, a livello civilistico, la nozione di incapacità naturale correlata ai riferimenti codicistici sull'interdizione e sull'inabilitazione.

potrebbero non essere valutati incapaci anche ai sensi di altre disposizioni presenti nel nostro ordinamento. La rubrica legislativa non risulta quindi né esaustiva, né vincolante, in quanto è il successivo testo che provvede a dare un contenuto al vago termine "incapace".

La funzione di tale concetto nella titolatura dell'articolo è da considerarsi meramente riassuntiva, poiché mirata a esemplificare la ricaduta effettuale di un vasto panorama di caratteristiche che concorrono a definire lo stato di minorazione facente da sfondo alla condotta incriminata. Ne deriva che la dizione "incapace" costituisce l'esito *a posteriori* di un'analisi che, accertata la presenza di deficit psichici, può rivelare sul piano naturalistico una minore attitudine del soggetto alla cura dei propri interessi.

Ancorché identificativo del delitto in questione, il riferimento all'incapacità andrebbe inteso come l'approdo che, logicamente e concettualmente, risulta più idoneo alla sussunzione dei concetti riportati nel testo della norma e raffrontati con l'orizzonte dei problemi in gioco, costituendo quindi una mera proiezione dell'esito della ricerca definitoria sulle categorie di seguito descritte.

Riteniamo quindi plausibile assegnare al termine "incapace" la valenza di sunto letterale atto alla esplicazione di quanto è concettualmente elaborato all'interno della norma, in una funzione meramente recettiva. Fulcro dell'interpretazione non è dunque la portata naturalistica e ordinamentale di tale termine, bensì l'adeguato inquadramento dei successivi, ben più importanti, concetti di infermità e deficienza psichica.

La qualifica dei soggetti passivi costituisce infatti una peculiarità del delitto in esame¹⁷. È stato inoltre osservato,

¹⁷ In tal senso ANGELOTTI, *Trattato di diritto penale - Delitti contro il patrimonio*, 485; DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, 175; CASSINELLI, *La circonvenzione di persone incapaci*, 21; DAWAN, *La circonvenzione di persone incapaci*, 13; RONCO, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in

in dottrina, che gli individui che la norma ascrive alla categoria degli incapaci assumono primariamente la qualifica di soggetti passivi dell'azione: la fattispecie richiede infatti la loro cooperazione attiva per l'integrazione degli estremi del reato, e non risulta automatica per essi la qualifica di soggetti passivi del reato¹⁸.

La definizione delle nozioni di infermità mentale e deficienza psichica è stata elaborata attraverso una lunga evoluzione che la norma ha subito dalla prima stesura. L'accertamento delle anomalie diverse dallo *status* di minorenni, ossia l'inquadramento di ciò che rientra nel *genus* della "deficienza psichica", è in primo luogo un problema di requisiti fattuali i quali non si esauriscono nel novero di cause potenzialmente idonee a portare a pronunce di interdizione o inabilitazione. La scelta dello Zanardelli di esigere che il soggetto passivo fosse interdetto o inabilitato, scontratasi con una realtà che presentava una casistica ben più problematica e tale da non potersi risolvere col semplice rimando ad accertamenti di rilevanza civilistica, indusse il legislatore del 1930 a elidere tale riferimento per privilegiare un ambito di applicazione assai più ampio.

Gli effetti della novella hanno fatto sì che, attualmente, l'analisi giudiziale, al fine di individuare le reali situazioni di minorata difesa psicologica, debba far fronte ad una fenomenologia fluttuante, ambigua e di non facile lettura. Il paradigma medico soccorre parzialmente, quando sia appunto possibile accertare l'esistenza di patologie conclama-

Enc. giur., 1. Per la giurisprudenza vedi Cass., sez. II, 24 aprile 1998, n. 2532. Il testo della massima recita: «[...] Questa condizione di incapacità del soggetto passivo costituisce un presupposto del reato, e pertanto il giudizio di colpevolezza può fondarsi solo sull'assoluta certezza della sua sussistenza».

¹⁸ DAWAN, cit., 17; RONCO, cit., 1; PISAPIA, voce *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Noviss. dig. it.*, voce "Circonvenzione di persone incapaci" *Diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, p. 255.

te che riducano o annullino le capacità psichiche del soggetto. Maggiori difficoltà si incontrano nella individuazione della *species* “deficienza psichica”, termine volutamente ondivago e di amplissima portata, ma che in una fattispecie penale può rappresentare un costante tranello per la violazione del principio di tassatività. Prima di analizzare tali nozioni è opportuno chiedersi se rientrino nell’ambito di tutela della norma di cui all’art. 643 c.p. anche le condotte a danno di soggetti totalmente incapaci, ossia privi della minima possibilità di autodeterminarsi.

3.1. La problematica relativa ai soggetti totalmente incapaci

Il concetto di infermità, ritenuto in modo concorde come non necessariamente legato a pronunzie di interdizione, conduce preliminarmente l’esegeta ad affrontare il dilemma circa l’applicabilità della norma ai soggetti totalmente incapaci, cioè a quei soggetti privi di capacità di intendere e volere nei quali non è individuabile alcuna volontà né autonomia, e che appaiono come un mero mezzo nelle mani dei circonventori.

In dottrina si registrano due schieramenti: il primo, a favore di una tutela selettiva che non riconosce come fatto tipico l’approfittamento a danno di individui totalmente incapaci; il secondo, per converso, che propugna la necessità di estendere anche a questi ultimi la tutela dell’art. 643 c.p.

I sostenitori dell’orientamento restrittivo di applicazione hanno principalmente argomentato dicendo che soggetti quali l’infante o l’infermo totale di mente, non avendo una volontà, non possano essere oggetto di una vera e propria induzione, *ergo non agunt sed aguntur*, e si debba quindi ricorrere ad un’incriminazione in base ad altre fattispecie criminose, quali furto, rapina, estorsione o appropriazione

indebita, sempre che siano integrati tutti gli estremi delle medesime¹⁹.

Dalla parte opposta si fa notare che il tenore letterale della norma dà ben poco spazio a dubbi, poiché vi è la menzione esplicita degli interdetti, all'interno dei quali sono pacificamente compresi anche i soggetti del tutto incapaci. Inoltre, in tema di minore età non viene effettuato alcun distinguo, mentre in altri casi la legge ha esplicitato le specificazioni da attuare²⁰.

Ancorché le argomentazioni dei sostenitori della prima tesi siano pertinenti e realistiche, riteniamo maggiormente condivisibili le conclusioni raggiunte dai fautori dell'orientamento estensivo, che, pur riconoscendo la plausibilità delle tesi avverse, affermano che ragioni sostanziali inducono a preferire una tutela più ampia, adducendo il rischio che un diverso agire sarebbe foriero di situazioni problematiche²¹.

Non mancano peraltro coloro che vedono nell'evoluzione terminologica della fattispecie un fattore che sospinge, gradualmente ma continuamente, verso un ambito di applicazione sempre più ampio²². Una conclusione non dissimile è quella esposta da altro autore²³, ma sulla scorta di premesse parzialmente differenti, poiché scaturente dall'individuazione di un diverso interesse protetto, incentrato su una tu-

¹⁹ Si schierano in tal senso ANGELOTTI, *op. cit.*, p. 485; CASSINELLI, *op. cit.* 22; FIANDACA-MUSCO, *Delitti contro il patrimonio*, p. 205.

²⁰ Così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IX, *Delitti contro il patrimonio*, p. 847.

²¹ DAWAN, *op. cit.*, p. 41. Sulla scorta di quanto affermato dal Manzini, la Dawan evidenzia come la possibile assenza dei requisiti integranti altre fattispecie incriminanti parallele condurrebbe all'impunità per gli individui che invece si sono macchiati di un'azione odiosa come l'approfittamento di un soggetto totalmente incapace.

²² RONCO, *op. cit.*, 2.

²³ FERRANTE, *op. cit.*, p. 257 s.

tela più pregnante nei confronti dell'individuo²⁴.

In definitiva, la questione controversa sembra orbitare sull'individuazione del *minimum* di capacità necessario per potersi affermare l'esistenza di una volontà e la possibilità di un'induzione.

Una volontà in senso ampio dovrebbe essere riconosciuta ogni qualvolta il soggetto circonvenuto possa agire senza l'ausilio di forze fisiche esterne per compiere l'atto; l'adopearsi andrebbe inteso come un agire autonomo, viziato o inconsapevole, ma posto in essere col dominio del proprio fisico.

Si sostiene infatti che anche l'individuo totalmente incapace possa avere una volontà astrattamente considerata²⁵, e ove vi sia questo fantasma di vita non potrebbe, ragionevolmente, negarsi la possibilità di una pratica circonventiva. Essa difetterebbe, quindi, solo allorquando il soggetto non possa, attraverso il controllo dei propri arti o dell'uso della parola, manifestare esternamente un impulso tendente al raggiungimento di un dato fine.

Nel caso di atti materiali o sottoscrizioni, la cooperazione artificiosa verrebbe a mancare ogni qualvolta l'incapace sia stato costretto attraverso una *vis absoluta*, quindi inferta con un costringimento fisico, ad attuare il proposito del circonventore; ipotesi nella quale si aprirebbe la strada all'intervento punitivo di fattispecie quali il furto, la rapina o la violenza privata. In caso di dichiarazioni orali, non potendosi coartare, attraverso il mero contatto fisico, l'emis-

²⁴ FERRANTE, *op. cit.*, p. 258: «All'obiezione [...] incentrata sull'opinione che nel caso dei totalmente incapaci non vi sarebbe un incontro di volontà poiché l'incapace solo apparentemente consentirebbe, essendo strumento materiale dell'altrui volontà, è possibile rispondere che è proprio in tale strumentalizzazione, portata ai massimi livelli nel caso dei totalmente incapaci, che è ravvisabile *l'ubi consistam* dell'offesa alla dignità dell'incapace».

²⁵ GRASSO-BIONDI, *Il giudizio medico legale nel reato di circonvenzione*, in *Riv. pen.*, 1938, I, p. 677.

sione di suoni fonetici esprimenti concetti di senso compiuto, ma potendosi solo indurre la vittima, attraverso una *vis compulsiva* o violenza morale, a pronunciare determinate formule, la condotta attiva potrà estrinsecarsi in minacce, con integrazione degli estremi del reato di estorsione, oppure compiere un'azione vellicatoria della debole psiche dell'incapace per indurlo a dichiarazioni pregiudizievoli, con conseguente ricaduta nell'art. 643 c.p.

A seguito di tali considerazioni, anche il vuoto di tutela paventato da alcuni autori (vedi *supra*) sarebbe quindi apparente, poiché ove l'essere umano abbia possibilità di compiere gesti o articolare dei suoni, pur essendo incapace di intendere e volere ma parzialmente recettivo agli stimoli esterni, potranno sempre integrarsi gli estremi dell'induzione. Nel caso di soggetti viventi ma ridotti in stato vegetativo, o di infanti nei primi mesi di vita, simile pratica diverrebbe naturalisticamente irrealizzabile, e all'approfittatore, per riuscire a trarre dei vantaggi dalle minorate possibilità di difesa della vittima, non rimarrebbe che percorrere le strade sui cui vigilano le norme sul furto e sulla rapina.

Non sembrano plausibili gli eccessi dell'orientamento restrittivo di tutela, poiché postulando la necessità di una volontà cosciente²⁶, rischiano di arrestare il cammino della norma proprio ove vi dovrebbe essere maggiore necessità e conseguente rigore punitivo. Escludere la tutela di coloro che appaiono come meri mezzi astutamente pilotati da mano aliena, ancorché possessori di un vago dominio sui propri arti e sulla favella, equivarrebbe a negare, a nostro avviso, uno delle situazioni prototipiche della circonvenzione di incapaci.

²⁶ ANGELOTTI, *op. cit.*, p. 485.

3.2. Infermi, deficienti psichici e minori d'età

L'evoluzione testuale di cui si è poc'anzi discusso ha posto in luce l'annosa problematica concernente le condizioni dei soggetti passivi nel reato *de quo*.

I dubbi suscitati dalla stesura di fine Ottocento, ritenuta inidonea poiché eccessivamente restrittiva, indussero i compilatori del 1930 a emancipare la norma di cui all'art. 643 c.p. dalla declaratoria giudiziale dell'incapacità, per delegare al magistrato penale, eventualmente coadiuvato da medici e psichiatri, ogni accertamento inerente al predetto *status*.

Dette modifiche contribuiscono a delineare oggi un panorama di non facile interpretazione, sia per l'uomo di legge che per l'uomo di scienza. Non vi è infatti uniformità di vedute nell'individuazione dei caratteri che sono alla base delle menzionate categorie di infermità e deficienza psichica, la cui presenza è ulteriore riprova della impostazione "mentalistica" del nostro codice penale²⁷.

Assodato che il termine "incapaci" non è connotato da autonomia di significato, ma costituisce il semplice *genus* in cui sussumere tutte le forme di disagio psichico rilevanti per la fattispecie, è compito dell'interprete fare ricorso a saperi sul mondo per decodificare concetti la cui dimensione extragiuridica appare estremamente complessa²⁸.

L'elaborazione dottrinarina dedita alla catalogazione delle forme di incapacità si presenta assai complessa, e raramen-

²⁷ GULOTTA, *La responsabilità penale nell'era delle neuroscienze*, in BIANCHI-GULOTTA-SARTORI (a cura di), *Manuale di neuroscienze forensi*, op. cit., 3. Sulla dimensione 'mentalistica' del diritto, v. anche LAVAZZA-SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012, p. 40 ss.

²⁸ In generale, sul tema dei rapporti tra diritto e saperi sul mondo vedi da ultimo PULITANÒ, *Difesa penale e saperi sul mondo*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di G. Carlizzi-G. Tuzet, Torino, 2018, p. 39 ss.

te concorde nell'affermare soluzioni univoche. L'esame degli studi in merito consente, tuttavia, di individuare una prima base concettuale per la definizione dei termini in questione. Un punto di partenza è costituito dall'approfondimento che il concetto ha avuto in relazione alla capacità di intendere e di volere di cui agli artt. 85 e seguenti del codice penale: «La nozione di incapacità di cui all'art. 643 c.p., svincolata dalle categorie civilistiche, può attualmente essere identificata con il concetto di incapacità di intendere o di volere conseguente a uno stato di infermità mentale [...] infatti il concetto di infermità di cui agli articoli 88 e 89 ha ormai assunto un contenuto più ampio di quello di malattia mentale in senso stretto»²⁹.

L'infermità è prevalentemente associata a disturbi, inquadabili clinicamente, che diminuiscono del tutto o in parte la capacità di intendere e di volere, mentre al concetto di deficienza psichica è quasi unanimemente riconosciuta una natura non propriamente medica, bensì terminologicamente atta a ricomprendere nell'area di tutela tutte le manifestazioni diverse dall'infermità nelle quali sia parimenti ravvisabile una *deminutio* della capacità di comprendere il valore dei propri atti e di curare i propri interessi.

In particolare, lo stato di infermo mentale è individuato da taluni autori nella semplice minorazione della capacità

²⁹ BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella convenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, p. 84. Sul tema dell'imputabilità, v. per tutti v., in proposito, BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano 1990, p. 361 ss.; Cfr., fra i commentari, quello di ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., ed. 1996, p. 36, dove a proposito dei disturbi o perturbamenti della coscienza, in particolare di tipo esplosivo isolato, si affermava che, nonostante le difficoltà di accertamento degli effetti sulla capacità di intendere o di volere «e i rischi di difese pretestuose, il rispetto del principio di colpevolezza impone di accordare rilevanza, seppure soltanto in casi di estrema compromissione dell'io, anche ai fenomeni di questo tipo».

di intendere e volere³⁰: la soluzione rimane approssimativa e insufficiente, generando inoltre un dubbio interpretativo in merito all'identità del soggetto incapace di intendere e volere *ex art. 643 c.p.*, con quello descritto agli art. 88 e 89 c.p.³¹.

Altri autori sostengono, invece, che la predetta infermità non debba necessariamente richiamare in modo esplicito alcuna affezione psichiatricamente morbosa, essendo sufficiente la semplice minorazione della capacità intellettuale³².

Il discorso diviene maggiormente particolareggiato ad opera di quanti si affidano specificamente a nozioni mediche per fornire all'interprete una base teorica adeguata: la distinzione fra infermità e malattia accennata in dottrina³³, secondo la quale il primo dei due termini indica qualsiasi deviazione della funzione intellettuale mentre il secondo solo i processi patologici di cui siano state definite scientificamente l'eziologia e il decorso, è prelusiva all'estensione della casistica anche a forme patologiche che non possano definirsi malattie in senso clinico, poiché ancora prive di una nosografia esaustiva, e quindi alle mere infermità e a tutte le forme di alterazione psichica aventi origine in un processo morboso³⁴.

Anche a seguito di tali acquisizioni, la lettura dell'operatore giuridico risulta non facile, necessitando di ulteriori

³⁰ PISAPIA, *op. cit.*, 256.

³¹ La problematica, analizzata in DAWAN, *op. cit.*, p. 33 ss., comporta immediate ripercussioni circa la riferibilità dell'art. 643 c.p. ai soggetti totalmente incapaci (v. *supra*). La dottrina medico legale è comunque incline a negare l'assimilazione del soggetto passivo di circonvenzione all'incapace menzionato dalle disposizioni di parte generale.

³² FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 204. In tal senso anche MARINI, *op. cit.*, p. 313.

³³ CASSINELLI, *op. cit.*, 71. Il pensiero può efficacemente riassumersi nell'assunto secondo il quale ogni malattia sarebbe anche un'infermità ma non ogni infermità sarebbe anche una malattia.

³⁴ RONCO, *op. cit.*, p. 2 s.

dati che circoscrivano in modo apprezzabile l'ambito effettivo di operatività, tenendo inoltre conto che numerosi sono i dubbi che residuano anche per la scienza psichiatrica quando si tratti di quantificare l'effettiva dose d'intelletto che residua in soggetti affetti da determinate patologie.

Una visione in parte chiarificatrice può essere sintetizzata con l'inquadramento dell'infermità in una dimensione «essenzialmente clinica comprendente da un lato le malattie mentali come psicosi maniaco-depressiva o schizofrenie, e dall'altro le anomalie mentali come le personalità psicopatiche, le reazioni psicogene, le psiconevrosi»³⁵. Ritorna in questo caso l'assunto che vede l'infermità come ogni alterazione che presenti caratteri patologici, e quindi elemento di discriminazione si conferma la riconducibilità o meno del disturbo a un processo di origine morbosa.

L'atteggiamento della giurisprudenza sembra comunque mostrare accondiscendenza verso questa nozione "scientifica" di infermità, in contrapposizione alla maggiore ampiezza terminologica della deficienza. Pare quindi doversi confermare la necessità dell'accertamento diagnostico per la forma di alterazione più grave tra le due previste dalla norma, delegando alle arti mediche i profili gnoseologici e definatori circa l'infermità psichica, e assegnando al diritto l'adattamento e la traduzione applicativa delle acquisizioni raggiunte dalla scienza psichiatrica.

Invero, le attenzioni della dottrina, ma soprattutto della giurisprudenza, sono sempre parse maggiormente interessate alla "deficienza": l'esame delle voci pronunziate sull'argomento evidenzia, a nostro avviso, come il concetto di infermità sia analizzato in modo cursorio, talvolta con una dovizia di particolari che porta il giurista ad addentrarsi nel sapere psichiatrico, mentre in altre occasioni in modo emi-

³⁵ PALLADINO, *Circonvenzione di incapaci*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi, E. Lupo, Milano, 2000, p. 566.

nentemente semplicistico, fino ad elaborare una definizione congiunta dei due elementi normativi extragiuridici³⁶.

È stato ravvisato anche da altri autori³⁷ come il tema dell'infermità sia stato quasi trascurato, confidando sulle possibili verità offerte dall'arte medica, mentre l'interesse maggiore e il nodo più problematico era ed è rappresentato dall'altro elemento della diade, ovvero la deficienza psichica. Quest'ultima, nata per colmare le zone grigie della tutela oscillanti tra l'infermità e le altre manifestazioni di disagio psichico, è gradualmente divenuta il fulcro delle analisi interpretative.

3.3. Il concetto di "deficienza psichica"

La difficoltà principale dell'indagine è costituita dall'impossibilità di catalogare, in maniera esaustiva, la moltitudine di manifestazioni ad essa potenzialmente riconducibili. In realtà, alla luce del valore terminologico della parola, si tratta di una conseguenza non solo prevedibile ma voluta: il legislatore del '30 ha inteso garantire una tutela a tutti quei soggetti che potessero dirsi affetti da forme di disagio psichico, anche se non rientranti tra quelle classificate e descritte dalla scienza medica.

Affinché l'ampiezza di significato non degeneri in vaghezza terminologica, è d'obbligo procedere alla verifica dell'esistenza di un nucleo concettuale di base.

In tema di infermità, è stato osservato dalla giurisprudenza come la natura clinicamente morbosa delle affezioni costituisca, in definitiva, il denominatore minimo comune a tutte le varianti, nonché, fondamentalmente, il tratto distintivo primario rispetto alla deficienza³⁸.

³⁶ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, p. 381 s.

³⁷ DAWAN, *op. cit.*, 26.

³⁸ Vedi Trib. Milano, 20 giugno 1997. Nella maggior parte dei casi la Corte, all'interno delle sue massime, risolve il problema relativo alla natura della deficienza psichica affermando come, attraverso questa nozio-