

Dieci anni di REMS

Un'analisi interdisciplinare

a cura di

MARCO PELISSERO, LAURA SCOMPARIN, GIOVANNI TORRENTE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane



Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PELISSERO Marco; SCOMPARIN Laura; TORRENTE Giovanni (*a cura di*)
Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 21/2022
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2022 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

pp. XIV+620; 24 cm
ISBN: 978-88-495-4900-3

© 2022 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

ISBN: 9788875902186

Prima edizione: maggio 2022
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Sommario

<i>Presentazione</i> di MAURO PALMA	IX
MARCO PELISSERO, LAURA SCOMPARIN, GIOVANNI TORRENTE <i>Premessa</i>	XIII
SEZIONE PRIMA Le persone	
PERLA ARIANNA ALLEGRI, BARBARA GIORS, MICHELE MIRAVALLE <i>Salute mentale e questione criminale: dal superamento normativo degli OPG all'attuazione della riforma</i>	3
DANIELA RONCO <i>La categoria sociologica della pericolosità e il trattamento delle eccedenze. Il caso dei cripto-imputabili</i>	35
TOMMASO TRINCHERA <i>La nozione di infermità mentale nella giurisprudenza penale</i>	55
FILIPPO PENNAZIO, VINCENZO VILLARI <i>L'imputabilità e l'ampliamento della nozione di infermità di mente. I disturbi di personalità e il problema dei cripto-imputabili</i>	79
ANDREA CABIALE <i>L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro</i>	93
MARCO PELISSERO <i>Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale</i>	127

GABRIELE ROCCA, CATERINA BOSCO
*Tra pericolosità sociale e bisogno di cura: i difficili equilibri
tra approccio giudiziale, concezione psicologica e conce-
zione psichiatrica della pericolosità* 155

GEORGIA ZARA
*La valutazione del rischio nel percorso di costituzione delle
REMS. Criticità e prospettive future* 185

SEZIONE SECONDA

I luoghi

GIUSEPPE DI GIUDA, ELENA SEGHEZZI
*L'edilizia penitenziaria, dal controllo alla cura: dai manicomi
alle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza* 209

GIOVANNI TORRENTE
È quello delle REMS un caso di deistituzionalizzazione? 225

KARMA NATALI
*Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS:
i modelli di organizzazione interna* 255

EMMANUELE PENCO
*La gestione della sicurezza nelle REMS: profili organizzati-
vi, giuridici, terapeutici* 279

SEZIONE TERZA

I percorsi

PERLA ARIANNA ALLEGRI
*Le liste d'attesa per l'accesso in REMS. Modelli di tenuta tra
esigenze di cura ed aspirazioni securitarie* 305

BARBARA GAGLIARDI
*La tutela della salute mentale degli «ex internati» tra orga-
nizzazioni pubbliche e private* 335

MICHELE MIRAVALLE
*Non solo REMS. Le «altre» misure di sicurezza tra cura e
controllo* 357

<i>Sommario</i>	VII
ANTONIO FRANCESCO MORONE <i>Dalle misure di sicurezza non detentive alle misure terapeutiche: cronaca di un percorso normativo incompiuto</i>	385
GIULIA MANTOVANI <i>Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e strumenti alternativi per il controllo e la cura</i>	417
SEZIONE QUARTA	
I contesti	
LAURA SCOMPARIN <i>La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle limitazioni alla libertà personale imposte alle persone affette da patologie mentali: tra casi e principi, una progressiva crescita di attenzione per diritti fondamentali a rischio amplificato</i>	461
ANNA COSTANTINI <i>Custodia e cura dell'infermo di mente-autore di reato nel modello tedesco delle «misure di miglioramento e sicurezza»</i>	483
CAROLINE PELOSO <i>I modelli di sorveglianza e cura negli ordinamenti e nelle prassi europee: Francia</i>	515
ANTONELLA MADEO <i>Le misure di sicurezza in Spagna</i>	535
SOFIA CONFALONIERI <i>La cura e la custodia del soggetto psichiatrico autore di reato in Inghilterra</i>	573
OSCAR CALAVITA <i>Le misure di sicurezza e la loro esecuzione nei Paesi scandinavi</i>	595
<i>Notizie sugli autori</i>	615

ANDREA CABIALE

L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro

SOMMARIO: 1. Introduzione: una disciplina in tumulto. – 2. Le caratteristiche strutturali della prognosi di pericolosità. – 3. Le fonti del convincimento giudiziale. – 4. La «pericolosità sociale» quale concetto esclusivamente giuridico. – 5. Una bilanciata ripartizione di compiti fra giudice ed esperto. – 6. La decisione del giudice. – 7. (*Segue*) La scelta della misura. – 8. Il ruolo del «bisogno di cura». – 9. Spostare in avanti l'accertamento del rischio di recidiva?

1. *Introduzione: una disciplina in tumulto*

Nel dibattito dottrinale la «pericolosità sociale» è spesso rappresentata come un istituto in crisi¹: al di là dei dubbi sull'attualità dell'etichetta di soggetto «socialmente pericoloso», vale a dire di probabile autore di futuri reati, ci si chiede se sia davvero possibile verificare razionalmente il rischio di recidiva. Di qui, numerose proposte, più o meno radicali, che vanno dalla rivisitazione di questo presupposto applicativo delle misure di sicurezza, fino alla sua sostituzione con altri parametri, quali il «bisogno di terapia», ritenuti più in linea con le indicazioni della psichiatria forense.

La diffusa insofferenza verso la pericolosità sociale non sembra però trovare pieno riscontro in ambito normativo².

¹ In proposito, per un primo approfondimento, si vedano, *ex multis*, R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere, (appunti «sistemici» per una riforma «mirata» del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 717; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 451 ss.; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, *ivi*, 1993, p. 569; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, p. 765 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 107 ss.; V. ONIDA, *Le misure di sicurezza detentive: un tema trascurato*, in *Misure di sicurezza e vulnerabilità: la «detenzione» in casa di lavoro*, a cura di F. De Vanna, Modena, 2020, p. 33.

² Si veda F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità*

L'intollerabile condizione in cui versavano gli ospedali psichiatrici giudiziari ha fatto sì che il legislatore rivolgesse finalmente la sua attenzione al tema, inaugurando una stagione di riforme³; tuttavia, allorché si è trattato di mettere mano ai criteri di scelta delle misure, in relazione ai soggetti non imputabili e semimputabili, la pericolosità sociale è stata rivista solo in parte (d.l. 31 marzo 2014, n. 52, conv. in l. 30 maggio 2014, n. 81)⁴, peraltro con una norma successivamente ridimensionata dalla Corte costituzionale⁵.

Qualcosa di simile è poi accaduto in occasione della «riforma Orlando» (l. 23 giugno 2017, n. 103), i cui criteri di delega, relativi alle misure di sicurezza, non prevedevano il superamento della nozione in parola⁶.

Infine, non si può non tenere conto delle molte sedi ulteriori in cui è richiesta una prognosi criminale. Si pensi alla sospensione condizionale della pena, o – per fare un recente esempio in ambito processuale – alla disciplina della messa alla prova, introdotta nel 2014, che può essere disposta esclusivamente quando il giudice – oltretutto «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale» – «reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati»⁷.

sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, p. 645 ss.

³ Cfr. S. FINAZZO, *Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (introduzione delle R.E.M.S.)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Torino, 2018, p. 672 ss.

⁴ Per un primo approfondimento, si vedano, fra gli altri, D. POTETTI, *La pericolosità sociale del malato di mente nell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3322; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 917.

⁵ Ci si riferisce a Corte cost., 24 giugno 2015, n. 186, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 411, con nota di M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semimputabili al vaglio della Corte Costituzionale: una novità da ridimensionare* (p. 416).

⁶ Sulla legge delega e sui successivi lavori della Commissione incaricata di elaborare lo schema di decreto legislativo di riforma delle misure di sicurezza personali, cfr. M. PELISSERO, *Sistema sanzionatorio e infermità psichica. I nodi delle questioni presenti tra riforme parziali effettuate e riforme mancate*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2019, 3, p. 16 ss.; nonché F. MAZZA, *La rivisitazione delle misure di sicurezza*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2017, p. 271.

⁷ Si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Milano, 2020, p. 252 ss.; M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, p. 194 ss.

In questo contributo, cercheremo allora di tracciare le coordinate attuali della valutazione prognostica di pericolosità sociale e di analizzare i tratti salienti del suo accertamento, in particolare nei confronti dei potenziali destinatari delle REMS. Infine, verranno abbozzate alcune riflessioni *de iure condendo* per una disciplina in perenne attesa di una revisione sistematica.

2. *Le caratteristiche strutturali della prognosi di pericolosità*

Come si è già accennato, la pessima reputazione di cui gode la pericolosità sociale dipende, in primo luogo, dallo scetticismo circa la verificabilità di siffatta condizione soggettiva in capo all'imputato; ci si chiede, in sostanza, se sia davvero realistica l'aspirazione di riconoscere la «probabilità» che costui «commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati», come impone l'art. 203 c.p.⁸.

Un primo ostacolo all'attendibilità di questa valutazione dipende dalla sua natura di prognosi che, in effetti, la differenzia significativamente dall'accertamento fattuale⁹. Quando al giudice spetta stabilire se l'imputato ha commesso il fatto descritto nell'imputazione, egli scruta il passato e concentra la propria attenzione su quanto è già accaduto; al contrario, quella che riguarda la pericolosità sociale è una verifica che si proietta in avanti, verso scenari futuribili.

È altrettanto vero, però, che, in entrambi i casi, il giudice ha a che fare con circostanze di cui non ha alcuna conoscenza diretta: ovviamente, non può assistere a eventi che non si sono ancora realizzati, ma nemmeno ha percepito gli accadimenti del passato che sono oggetto principale del procedimento. Da questo punto di vista, quindi, i due accertamenti soffrono di un problema comune, posto che è in ogni caso con l'ignoto che ci si deve confrontare¹⁰.

⁸ Cfr. M. MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013, p. 77 ss.; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, cit., p. 767; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 110 ss. e 344 ss.

⁹ Cfr., in questo senso, F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini e L. Stortoni, Bologna, 2013, p. 23 ss.; T. PADOVANI, *Fatto e pericolosità*, *ivi*, p. 121; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977, p. 52 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 29.

¹⁰ Si veda M. TARUFFO, *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in *Id.*, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 335, il quale afferma che, in ogni caso, «il giudice ha a che fare con un enunciato ipotetico relativo ad un fatto».

L'accertamento del fatto principale presenta, tuttavia, due grandi vantaggi.

Il primo riguarda le tipologie probatorie potenzialmente a disposizione per verificare la fondatezza dell'accusa: proprio perché oggetto di accertamento è il passato, è ben possibile che qualcuno o qualcosa sia riuscito a immortalarlo. Si immagini che la condotta in questione sia stata percepita da decine di testimoni, credibili e attendibili, e sia stata registrata con riprese audiovisive e fotografiche, la cui autenticità non è in discussione; in una ipotesi di questo genere, le tracce del passato sono così solide che difficilmente il giudice potrà sbagliarsi nell'affermare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato.

Una così elevata certezza non può invece essere mai assicurata da una prognosi e men che meno da quella sulla ricaduta nel reato: gli accadimenti futuri – proprio perché ancora inesistenti – non possono essere «riprodotti» nel processo come nell'esempio sopra illustrato; l'unica cosa che si può fare è esaminare il passato e il presente, cercando di intravedervi i segni di un possibile futuro. In altri termini, la valutazione della pericolosità sociale si basa sempre su prove «indiziarie», che non possono mai direttamente rappresentare ciò che va provato¹¹.

Il secondo profilo che rende fragile la decisione sul rischio di recidiva è legato all'imprevedibilità degli scenari futuri: mentre il passato è ormai imm modificabile, il futuro può essere inciso da fattori del tutto imprevedibili¹²; pertanto, una corretta interpretazione degli «indizi» circa il successivo comportamento dell'imputato potrebbe essere contraddetta da circostanze inattese, che interrompano la – pur logica – catena causale precedentemente tratteggiata.

Allo stesso tempo, però, proprio perché si tratta di una valutazione sul futuro, questa prognosi gode di un certo grado di verificabilità empirica; così, un «falso positivo» potrebbe essere riconosciuto nel corso dell'osservazione trattamentale e condurre all'interruzione, o attenuazione, della misura prima applicata¹³.

In definitiva, il giudizio sul fatto e quello sulla pericolosità posso-

¹¹ Cfr. ancora M. TARUFFO, *Il giudizio prognostico*, cit., pp. 335-336.

¹² In questo senso, F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 25.

¹³ Si vedano però anche le riflessioni di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 339, il quale ricorda che «il falso negativo può essere smentito dalla commissione del reato e potrebbe così giustificare l'introduzione di nuove misure di sicurezza [...]; dall'altro lato, invece, introdotta nel sistema la misura, sarebbe ben difficile dimostrarne l'inutilità, in quanto rispetto agli internati non è possibile accertare il falso positivo, ossia che la prognosi positiva di pericolosità sia falsa».

no essere caratterizzati da alcuni ostacoli cognitivi comuni: anzitutto, la circostanza che si verta su fatti che il giudice, rispettivamente, non ha percepito o non può percepire direttamente; in secondo luogo, l'assenza di prove «rappresentative» di ciò che si vuole dimostrare (solo eventuale nel primo caso). Un limite gnoseologico esclusivo del giudizio prognostico è invece l'ineludibile tasso di imprevedibilità dell'evoluzione del presente, alla quale, tuttavia, ci si può posteriormente adattare, almeno in una certa misura.

Ad ogni modo, le singolarità appena illustrate sono state tenute in conto dal legislatore.

In primo luogo, *ab initio*, il controllo sulla pericolosità sociale viene svolto sia in sede di cognizione, sia in fase esecutiva e questa seconda verifica, prevista dall'art. 679 c.p.p., è fondamentale non solo per capire se, nel frattempo, la pericolosità possa essere scemata, ma anche per riorientare valutazioni precedenti¹⁴. Come infatti chiarito dalla Cassazione, «considerata la peculiarità del procedimento di sorveglianza in tema di misure di sicurezza, le quali sono ancorate ad una realtà – per così dire – in divenire, la preclusione del giudicato è attenuata rispetto all'irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali, nel senso che opera *rebus sic stantibus* e non impedisce la rivalutazione della pericolosità e dell'adeguatezza della misura, alla luce di nuovi elementi sopravvenuti ovvero preesistenti e non considerati, che offrano una mutata piattaforma di valutazione»¹⁵.

Inoltre, lo *status* di soggetto «socialmente pericoloso» va periodicamente riesaminato (art. 208 c.p.) e la misura può essere anche revocata in anticipo (art. 69, comma 4, ord. penit.). Proprio come l'accertamento *ex art. 679 c.p.p.*, riesame e revoca, riecheggiano istituti del procedimento cautelare, servono sia per adeguare le condi-

¹⁴ Cfr. T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 93, il quale definisce questa seconda verifica come una «valvola di sicurezza, rimessa all'apprezzamento del magistrato di sorveglianza».

¹⁵ Così, testualmente, Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2011, n. 34091, in *Arch. n. proc. pen.*, 2011, p. 635. Si veda anche Cass. pen., 31 ottobre 2018, n. 1027, in *Dejure*, secondo cui, «il magistrato di sorveglianza ha l'onere di verificare la persistenza della pericolosità sociale del condannato, tenendo conto non solo della gravità dei fatti-reato commessi, ma anche dei fatti successivi e del comportamento tenuto dal condannato durante e dopo l'espiazione della pena». In dottrina, vedi F. CAPRIOLI, *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II-1, Milano, 2008, p. 122, il quale afferma che «il provvedimento applicativo della misura di sicurezza contenuto nella sentenza di condanna suona dunque 'quasi come una proposta' rispetto alla decisione emessa in sede esecutiva». Per rilievi simili, A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, p. 61.

zioni di libertà personale alla risposta trattamentale, sia per rimediare a eventuali lacune delle verifiche antecedenti.

Nulla di tutto questo è stato invece previsto in relazione all'accertamento del fatto imputato; la sola possibilità di rivisitazione risulta ancorata alle severe regole della revisione (artt. 629 e ss. c.p.p.).

3. *Le fonti del convincimento giudiziale*

Le sopra delineate caratteristiche del giudizio di pericolosità sociale – inevitabilmente strutturato come ricerca del futuro e non come ricostruzione del passato – non sono l'unica complessità da cui siffatta valutazione risulta gravata: la questione più problematica riguarda l'affidabilità degli strumenti volti a soppesare il rischio di recidiva.

Al riguardo il legislatore, col fine di irreggimentare il giudizio di prognosi criminale, si è limitato a richiamare i parametri di cui all'art. 133 c.p.¹⁶. I poli valutativi sono quindi le caratteristiche del reato («natura», «specie», «mezzi», «oggetto», «tempo», «luogo» e «ogni altra modalità dell'azione»; «gravità del danno o del pericolo cagionato»; «intensità del dolo» o «grado della colpa») e una serie di profili individuali, che caratterizzano il presente e il passato dell'imputato (fra cui, il «carattere del reo», i «precedenti penali e giudiziari», o le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale»)¹⁷.

Per riempire di contenuti concreti questi parametri, il giudice potrà certamente consultare le prove emerse durante l'accertamento fattuale, nonché tutti gli elementi in merito alle caratteristiche soggettive dell'imputato.

Si può ad esempio ricordare l'art. 194, comma 1, c.p.p., secondo cui il testimone «non può deporre sulla moralità dell'imputato, salvo che si tratti di fatti specifici, idonei a qualificarne la personalità in relazione al reato e alla pericolosità sociale»; nonché l'art. 236 c.p.p., il quale – «ai fini del giudizio sulla personalità dell'imputato» – consente

¹⁶ In merito alle valutazioni compiute dal giudice relativamente ai singoli parametri di cui all'art. 133 c.p.p., cfr. A. CAPUTO, *La pericolosità sociale. Vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della legge 30 maggio 2014, n. 81*, Roma, 2015, p. 87 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 170 ss.; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione*, cit., p. 45 ss.

¹⁷ Come è noto, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale, con la già citata pronuncia n. 186 del 2015, la valutazione di pericolosità sociale relativa ai infermi e seminfermi di mente continua a svolgersi sulla base di tutti i parametri di cui all'art. 133 c.p.p., pur a seguito delle novità apportate dall'art. 1 del d.l. 31 marzo 2014, n. 52. Per approfondimenti cfr. § 7.

«l'acquisizione dei certificati del casellario giudiziale, della documentazione esistente presso gli uffici del servizio sociale degli enti pubblici e presso gli uffici di sorveglianza nonché delle sentenze irrevocabili di qualunque giudice italiano e delle sentenze straniere riconosciute».

Al di là di queste fonti conoscitive, il codice null'altro mette espressamente a disposizione.

Posto dunque al cospetto di una valutazione così complessa e densa di conseguenze, il giudicante spesso ritiene di non potersi basare esclusivamente sulla propria esperienza e – in sede dibattimentale, o già in incidente probatorio – si affida a uno o più esperti in psichiatria, psicologia e criminologia forensi. Ciò per lo più avviene proprio quando l'imputabilità appare incerta¹⁸; in occasione della richiesta di un parere sulla capacità di intendere e di volere, nonché su quella di stare in giudizio, viene domandato al perito di esprimersi anche in merito alla «pericolosità sociale»¹⁹.

¹⁸ Per quanto riguarda i soggetti imputabili, infatti, viene in gioco il divieto di perizia psicologica-criminologica ex art. 220, comma 2, c.p.p., che, come è noto, rende più complicato l'intervento dell'esperto. Sul punto, si vedano, fra gli altri, M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 55 ss.; P.P. RIVELLO, *La perizia*, in *La prova penale*, a cura di P. Ferrua, E. Marzaduri e G. Spangher, Torino, 2013, p. 422 ss.; M. PELISSE-RO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 119 ss.

¹⁹ Si veda M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile «pericoloso»*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2012, pp. 6-7; la quale ricorda che, «nel conferire l'incarico ad uno psichiatra forense i giudici utilizzano solitamente una formula che, con qualche piccola variante, richiede all'esperto, 'valutato l'imputato e presa conoscenza degli atti e fatte tutte le acquisizioni e gli accertamenti che riterrà opportuni', di stabilire 'se, al momento dei fatti per cui si procede, egli era capace d'intendere e di volere, oppure se le capacità erano totalmente o grandemente scemate'; nella maggior parte dei casi, infine, in aggiunta, di 'esprimersi sulla eventuale pericolosità sociale dell'imputato'». Cfr. anche SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA. SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA FORENSE, *Psichiatria forense nella pratica psichiatrica quotidiana. Guida forense, riassuntiva ed operativa, sulla base delle buone pratiche cliniche assistenziali approvate dalla società italiana di psichiatria*, consultabile in www.societaitalianadipsichiatriaforense.it, p. 32. Per ulteriori approfondimenti, F. CARRIERI e R. CATANESI, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 23; R. CATANESI, F. CARABELLESE e I. GRATTAGLIANO, *Cura e controllo. Come cambia la pericolosità sociale psichiatrica*, in *Giornale italiano di Psicopatologia*, 2009, p. 65; S. CODA e U. FORNARI, *La perizia psichiatrica come mezzo di prova*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 711; U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forense*, I, Torino, 2018, pp. 78-79; I. GRATTAGLIANO, M.G. TOMASINO, B.F. CARILLO, D. SALLUSTIO, G. CONTICCHIO, V. AFFATATI e A. LISI, *L'utilizzo della psicologia investigativa nelle indagini di polizia giudiziaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 81; M. MONTAGNA, *I confini*, cit., pp. 40 e 77; L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale: una «storia di supplenze»*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale: tra sistema penale e servizi sanitari*.

Come ora vedremo, però, un quesito di questo genere nasconde molteplici insidie, di cui la prima è una possibile lesione di fondamentali garanzie poste a tutela dell'accusato.

Bisogna infatti ricordare che la fattispecie di «pericolosità sociale», delineata dall'art. 203 c.p., presenta una struttura bipartita, che include, quale presupposto necessario, la commissione del fatto da parte dell'imputato. Sul punto, il testo normativo è molto chiaro: «socialmente pericolosa» è «la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale *ha commesso taluno dei fatti* indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta *nuovi fatti* preveduti dalla legge come reati».

Non meno indicativi in questo senso paiono i parametri su cui la valutazione di «pericolosità sociale» si fonda: come si è già detto, si tratta di quelli *ex art. 133 c.p.*, che coinvolgono specifici dettagli relativi alla condotta tenuta dall'imputato e che il giudice utilizza anche per quantificare la pena, appunto quando ha ormai ritenuto di dover condannare.

Insomma, alla luce di un simile quadro normativo, domandare *tout court* al perito, prima di un accertamento giudiziale definitivo, se l'imputato sia «persona socialmente pericolosa» desta qualche perplessità. Focalizzato su una nozione giuridica che implica l'attribuzione del fatto all'imputato e la probabilità che questi commetta «nuovi» reati, un simile quesito appare difficilmente conciliabile con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost.²⁰.

Al fine di attenuare, almeno in parte, tale criticità – invero poco avvertita nella quotidianità delle sedi giudiziarie – la soluzione più

Atti del convegno di Pisa, 16-17 ottobre 2020, a cura di M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta, L. Ricci e A. Savarino, Torino, 2021, p. 113; G. ROCCA, C. CANDELLI, ILARIA ROSSETTO e F. CARABELLESE, *La valutazione psichiatrico forense della pericolosità sociale del sofferente psichico autore di reato: nuove prospettive tra indagine clinica e sistemi attuariali*, in *Riv. it. med. leg. dir. sanit.*, 2012, p. 1442.

²⁰ Si veda peraltro la posizione di M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1177-1178, la quale pone il problema ancora più a monte, in relazione alla perizia psichiatrica nel suo complesso: «se, per un verso, nel tentativo di garantire una fedeltà di osservazione, si avverte l'esigenza di visitare il reo nell'immediatezza del fatto, per altro verso, tuttavia, ciò genera un paradosso nel caso in cui la responsabilità del soggetto da sottoporre a perizia è lontana dall'essere dimostrata, sia se l'imputato non ha mai ammesso di aver commesso i reati che gli vengono contestati, sia se gli indizi a suo carico non sono sufficientemente gravi. Ne deriva un possibile conflitto con il principio di presunzione d'innocenza, di cui all'art. 27 Cost., e con il divieto di trattamenti sanitari obbligatori al di fuori dei casi previsti dalla legge, *ex art. 32, comma 2, Cost.*».

immediata riposa in un'attenta proposizione dei quesiti: dovrebbe in ogni caso essere espressamente chiarito, fin da quando il giudice ordina la perizia, che l'accertamento richiesto, così come il suo risultato, sono meramente interlocutori.

La richiesta del giudice e la conseguente valutazione del perito, infatti, non si basano su dati storici certi, come sembra esigere l'art. 203 c.p., ma soltanto su elementi in cerca di conferma e su assunzioni accusatorie del tutto ipotetiche.

Del resto, di simili valutazioni di pericolosità *in itinere* si trova traccia anche nel codice di rito; il riferimento va, in particolare, all'applicazione «provvisoria» delle misure di sicurezza.

Come è noto, l'art. 313 c.p.p. pone alla base di tale disciplina un «previo accertamento sulla pericolosità sociale dell'imputato», che, a prima vista, sembra anch'esso sollevare seri dubbi: la stessa legge processuale chiederebbe al giudice di esprimersi sul rischio di recidiva ancora prima della pronuncia sul fatto, per giunta, consentendogli di applicare, in base a tale accertamento, una restrizione della libertà personale²¹.

Tuttavia, per giungere a una diversa interpretazione, è forse sufficiente guardare al precedente art. 312 c.p.p.; quest'ultimo, infatti, laddove richiede – quale ulteriore presupposto – la sussistenza di «gravi indizi di commissione del fatto», palesa la necessità di operare un importante distinguo. Una prima «pericolosità», codificata nell'art. 203 c.p., presuppone la commissione del fatto da parte dell'imputato; un'altra «pericolosità», ossia quella ricavabile da una lettura congiunta degli artt. 312 e 313 c.p.p., si accontenta che ne sussistano «gravi indizi».

In altre parole, la pericolosità cui si riferisce l'art. 313 c.p.p. non è quella «sostanziale», descritta nel codice penale, ma una periculo-

²¹ Si vedano le riflessioni di P. MOSCARINI, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 990, il quale, in ogni caso, ritiene la disciplina dell'applicazione provvisoria delle misure di sicurezza un «peculiare *punctum pruriens*», evidenziando, fra l'altro, come desti perplessità il fatto che la «delicatissima» verifica in merito alla pericolosità sociale «sia consentita *in itinere iudicii*, potendo condurre a far restringere la libertà personale del suddetto in via anticipata rispetto al momento della sentenza irrevocabile». Simili perplessità si rivengono in E. BASSO, *Misure di sicurezza (profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, pp. 142-143; B. LAVARINI, *L'esecutività della sentenza penale*, Torino, 2004, p. 88; C. PELUSO, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1994, p. 153, secondo cui vi sono «notevoli perplessità in ordine alla legittimità costituzionale dell'istituto, che verrebbe applicato sulla base di un giudizio anticipato sulla colpevolezza dell'imputato, violando, così, il disposto dell'art. 27, 2° co. Cost.». Per ulteriori approfondimenti in tema di applicazione provvisoria delle misure di sicurezza si veda *infra* il contributo di G. MANTOVANI.

sità «processuale», che – in qualche misura paragonabile, pur con le dovute differenze, all’esigenza cautelare di cui all’art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.²² – non implica né indebite affermazioni sulla fondatezza dell’accusa, né tantomeno valutazioni sulla commissione di «nuovi» reati²³.

È dunque questo l’oggetto del parere eventualmente demandabile all’esperto: una valutazione «provvisoria» di pericolosità, esattamente come lo è la misura che potrebbe in seguito essere applicata.

Peraltro, l’utilizzo di una certa cura sintattica nella formulazione dei quesiti non è questione di mera forma. Solo in questo modo, sia chi elabora il parere, sia chi poi fruisce dei suoi contenuti, può essere pienamente consapevole della precarietà di un’eventuale valutazione positiva, così da prevenire anche il rischio di indebite interferenze fra giudizio sulla persona e giudizio sul fatto.

4. *La «pericolosità sociale» quale concetto esclusivamente giuridico*

Indipendentemente dal possibile attrito con la presunzione di non colpevolezza, vi sono comunque altre ragioni che rendono sistematicamente opinabili quesiti peritali incentrati sulla «pericolosità sociale», quale che ne sia la forma interessata.

Anzitutto, non può essere ancora ignorato il coro unanime che si erge dal mondo della psichiatria forense²⁴: la «pericolosità sociale», intesa come probabile commissione di «fatti preveduti dalla legge come reati», non sarebbe «un concetto scientifico» e neppure potrebbe «essere efficacemente riempito di contenuti scientifici». Invece – si ammette – sono a volte identificabili alcuni «fattori di rischio di

²² Sui rapporti fra misure cautelari personali e misure di sicurezza provvisoriamente applicate, si vedano F. ALONZI, *Misure cautelari personali e misure di sicurezza provvisorie*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 487; L. ICARDI, *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e misure cautelari personale: la Corte rimarca le differenze*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 712; A. MITTONE, sub art. 312 c.p.p., in *Comm. c.p.p.* Chiavario, III, Torino, 1990, p. 297 ss.; A. PROCACCINO, *Pericolosità sociale (accertamento della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, p. 1058.

²³ In questo senso D. POTETTI, *Le categorie dell’infermità mentale nel codice di procedura penale: trattamento e relazioni reciproche*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2780.

²⁴ Cfr., in questo senso, A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 137 ss.; M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 14 ss.; S. D’ALESSANDRO, *Dal «doppio binario» al «binario morto»: problematiche contingenti e prospettive auspicabili*, in *Arch. pen.*, *Rivista web*, 2017, 3, p. 8 ss.; U. FORNARI, *Trattato*, cit., p. 202; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, cit., p. 768.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 119 ss.; L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale*, cit., p. 113 ss.

comportamento violento»; al contrario, però, mancherebbero strumenti efficaci «per «prevedere» comportamenti futuri, in specie nel medio e a lungo termine»²⁵.

In breve, gli stessi esperti, spesso chiamati in causa dal giudice, segnalano una profonda distanza fra ciò che possono fare e ciò che invece sono richiesti di fare: da una parte, vi è una «prognosi psicopatologica» in merito all'evoluzione della «condizione morbosa», «l'unica sulla quale sia possibile articolare una seria valutazione scientifica»; dall'altra parte, si trova la valutazione «criminologica» («se questo malato commetterà o meno reati»)²⁶. Questa seconda pericolosità – puramente «giuridica» – non avrebbe dunque nulla a che vedere con quella, per così dire, «psichiatrica»²⁷.

Se ciò è vero – e, dal punto di vista del giurista, non vi è ragione per ritenere infondata un'opinione così ampiamente condivisa – la condizione di persona «socialmente pericolosa» deve essere ricondotta a uno *status* meramente giuridico²⁸, la cui valutazione spetterebbe quindi soltanto al magistrato²⁹.

²⁵ Così, testualmente, R. CATANESI, *Misure di sicurezza e pericolosità: superare l'equivoco*, consultabile in www.news-forumsalutementale.it.

²⁶ Si esprimono così F. CARRIERI e R. CATANESI, *La perizia psichiatrica*, cit., p. 32. Vedi anche G. ROCCA, C. CANDELLI, ILARIA ROSSETTO e F. CARABELLESE, *La valutazione psichiatrico forense*, cit., pp. 1147-1448.

²⁷ Si veda, a tal proposito, *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici. Tavolo 11 - misure di sicurezza*, consultabile all'indirizzo www.giustizia.it, p. 16: «la categoria giuridica della pericolosità sociale, così come è conosciuta dal nostro ordinamento penale, appare in profonda crisi. È opportuno, quindi, che essa cessi di assommare in sé caratteristiche ibride ed ambivalenti, legate alla diagnosi psichiatrica e ad una aleatoria prognosi sull'eventuale esigenza di neutralizzare il soggetto reo, sovrapponendo confusamente il concetto di pericolosità psichiatrica con quello di pericolosità giudiziaria». Cfr. anche L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale*, cit., p. 122; SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA. SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA FORENSE, *Psichiatria forense*, cit., p. 57 ss.

²⁸ Si veda M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 13, la quale parla, a tal proposito, di «finzione giuridica».

²⁹ Cfr. P.A. ALLEGRI, M. MIRAVALLE, K. NATALI, D. RONCO e G. TORRENTE, *Progetto di ricerca SMOP, Rapporto di ricerca 2020*, consultabile in frida.unito.it/wl_media/uploads/reportsm_1619608492.pdf, p. 51, in cui viene evidenziata la diversità dei punti di vista fra giudici e operatori delle REMS, i primi focalizzati su «neutralizzazione e difesa sociale», i secondi su «cura e riabilitazione socio-sanitaria»; si tratta di «uno scontro» – viene aggiunto – «che si dipana anche sul piano semantico, con gli operatori della salute mentale che utilizzano il vocabolario proprio della scienza medica e gli operatori del diritto che devono riferirsi a categorie giuridiche ancora attuali quali la pericolosità sociale e la non imputabilità per vizio di mente». Per riflessioni analoghe, si veda SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA. SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA FORENSE, *Psichiatria forense*, cit., p. 97.

Di qui, un'importante conseguenza: essendo la «pericolosità sociale» una nozione di esclusiva appartenenza del mondo del diritto, farne oggetto di perizia potrebbe condurre non solo a quesiti mal posti, ma anche all'inosservanza di un preciso divieto probatorio.

In tema di misure di sicurezza, molto spesso l'attenzione viene concentrata sul cosiddetto divieto di perizia «psicologica» e «criminologica» di cui all'art. 220, comma 2, c.p.p., il quale stabilisce che, «salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitudine o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche»³⁰. A ben vedere, però, nelle ipotesi qui in esame, questa proibizione tendenzialmente non dovrebbe rilevare: se si ritiene che l'«infermità», alla base dell'incapacità di intendere e di volere, possa essere considerata una «causa patologica» ai sensi del predetto comma 2, allora non imputabili e semimputabili possono in ogni caso essere sottoposti a perizie «psicologiche» e «criminologiche», che, in sostanza, vengono assorbite all'interno di quella «psichiatrica»³¹.

A venire ora in gioco, infatti, potrebbe essere un diverso divieto, nascosto nel precedente comma 1. Quest'ultima disposizione – secondo cui «la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche» – ha una duplice funzione: per un verso, costituisce l'obbligo per il giudice di servirsi di un esperto qualora emerga la necessità di approfondimenti valutativi che richiedono saperi *extra* giuridici; per altro verso, delimitando le materie oggetto di perizia a quelle «tecniche, scientifiche o artistiche», conseguentemente nega ospitalità procedimentale alla cosiddetta «perizia

³⁰ Sulla *ratio* del divieto in questione, nonché per ulteriori indicazioni bibliografiche, si vedano M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 87 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, p. 174 ss. Vedi anche la nota 18.

³¹ Cfr. M. MONTAGNA, *I confini*, cit., pp. 32, 60-64, 81, la quale ricorda che la perizia psichiatrica «è volta a verificare la presenza di patologie mentali idonee ad inficiare la capacità di intendere e di volere al momento di commissione del fatto-reato» e può essere anche «utilizzata per esprimere un giudizio di pericolosità sociale determinato da cause patologiche, necessario ai fini dell'adozione di misure di sicurezza»; al contrario, la perizia psicologica ha «lo scopo di conoscere la personalità dell'imputato, prendendo in considerazione talune qualità mentali che, seppure non identificabili come «malattia», possono, comunque, avere incidenza sulla condotta criminale, sulla sua genesi e sulle modalità con cui il reato è stato commesso» (p. 32). Analogamente, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 107 e 346; A. PROCACCINO, *Pericolosità sociale (accertamento della)*, cit., p. 1056.

giuridica», volta cioè «ad accertare la validità, l'efficacia ed il tenore precettivo di una norma giuridica»³².

In forza di tale divieto «implicito»³³, pertanto, la pericolosità sociale – se considerata nozione squisitamente giuridica – non può essere posta al centro di un quesito peritale e l'eventuale inosservanza di tale proibizione conduce a un parere «inutilizzabile» ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

Un identico problema – vale la pena evidenziarlo – riguarda eventuali consulenze tecniche ordinate dal pubblico ministero. Ovviamente, quest'ultimo, che ha l'onere di dimostrare la fondatezza dell'imputazione, non sembra doversi preoccupare di evitare quesiti che facciano apparire l'imputato come autore del reato; anzi, è suo precipuo compito, già nella richiesta di rinvio a giudizio, «l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza» (art. 417 c.p.p.). Va invece tenuto in debito conto quanto previsto dall'art. 359 c.p.p., in base al quale «il pubblico ministero, quando procede ad accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze, può nominare e avvalersi di consulenti». Così come per il giudice, anche per il rappresentante dell'accusa, l'ausilio dell'esperto sembra quindi poter riguardare soltanto competenze esterne a quelle giuridiche³⁴.

Da ultimo, vi è un'ulteriore ragione per cui affidare all'esperto la questione della «pericolosità sociale» appare discutibile. Una delega

³² Così, testualmente, M. SCAPARONE, *Procedura penale*, I, Torino, 2019, pp. 301-202. Si vedano, peraltro, le interessanti indicazioni elaborate in SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA FORENSE, *Psichiatria forense*, cit., p. 97: dopo aver segnalato come, «in ambito forense può accadere che l'accusa, la difesa, i magistrati formulino dei quesiti allo psichiatra che non sono di pertinenza, competenza psichiatrica», si rammenta che, «in questi casi lo psichiatra non solo non è obbligato a rispondere, ma *non deve rispondere*»; fra i quesiti a cui «non è compito del perito e consulente psichiatra esprimersi» vengono ricordati quelli «sulla verità dei fatti, sulla premeditazione, sulla *pericolosità*, sulle attenuanti ed aggravanti [corsivi aggiunti]».

³³ Sulla nozione di divieto probatorio implicito, cfr., per tutti, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, p. 57 ss.; nonché F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, p. 46 ss.

³⁴ Peraltro, il vincolo in parola sembra estensibile anche alla consulenza richiesta in fase dibattimentale: nonostante gli artt. 225 c.p.p. (nomina di consulente a seguito dell'incarico peritale disposto dal giudice) e 233 c.p.p. (consulenza fuori dai casi di perizia), non vi facciano alcun cenno, sarebbe irragionevole ritenerlo applicabile solo alla consulenza investigativa e alla perizia in genere.

complessiva di tale verifica è stata più volte censurata dalla Cassazione: «la prognosi di pericolosità sociale rilevante “agli effetti della legge penale”» – è stato affermato – «non può certamente limitarsi a richiamare la valutazione criminologica dell’esperto»; la verifica ex art. 203 c.p. «costituisce compito esclusivo del giudice, il quale non può abdicarvi in favore di altri soggetti né rinunciarvi, pur dovendo tener conto dei dati relativi alle condizioni mentali dell’imputato ed alle implicazioni comportamentali eventualmente indicate dal perito»³⁵.

In definitiva, eventuali contrasti con la presunzione di non colpevolezza, possibili violazioni di divieti probatori e gli ammonimenti della Cassazione contro le deleghe «in bianco» dovrebbero indurre al superamento di generici quesiti in cui si chieda laconicamente all’esperto se l’imputato è «persona socialmente pericolosa».

5. Una bilanciata ripartizione di compiti fra giudice ed esperto

L’eventuale esclusione della possibilità di demandare all’esperto l’accertamento in parola non consegnerebbe comunque il giudice a un’inevitabile solitudine.

Come si è già accennato, diversi studiosi sostengono che – pur abbandonata l’idea di predizioni scientifiche di futura reità – è comunque possibile ottenere dati utili: sarebbe infatti quantomeno apprezzabile un «rischio di scompenso psicopatologico con concomitanti, probabili, agiti, violenti»³⁶; in sostanza, l’esperto, combinando fra loro alcuni fattori di rischio, potrebbe essere in grado di fornire al giudice una sorta di *risk assessment*, perlomeno per quanto riguarda le predette tipologie comportamentali³⁷.

Tenendo conto che approssimativamente l’80% dei residenti in REMS ha commesso crimini contro la persona, di cui i più frequenti

³⁵ Così si legge in Cass. pen., 10 maggio 2017, n. 38965, in *Dejure*.

³⁶ Così, testualmente, G. ROCCA, C. CANDELLI, ILARIA ROSSETTO e F. CARABELLESE, *La valutazione psichiatrico forense*, cit., p. 1147.

³⁷ Si vedano A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 126 ss.; R. CATANESI, F. CARABELLESE e I. GRATTAGLIANO, *Cura e controllo*, cit., p. 69, i quali ricordano che «sono stati identificati svariati fattori di rischio che, variamente combinati fra loro, sono in grado di elevare sensibilmente la probabilità di nuovi atti violenti»; M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, cit., p. 1212; H.G. KENNEDY, F. CARABELLESE e F. CARABELLESE, *Evaluation and management of violence risk for forensic patients: is it a necessary practice in Italy*, in *Journal of Psychopathology*, 2021, p. 11 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 120; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 153 ss.

sono l'omicidio o il tentato omicidio³⁸, è evidente il contributo che siffatte stime sono potenzialmente in grado di offrire al giudizio di «pericolosità sociale» spettante al giudice³⁹.

Di certo, sia nella dottrina penalistica, sia nella psichiatria forense, vi sono voci più ottimistiche e altre meno sull'affidabilità di tali indagini⁴⁰. Allo stesso modo, è noto come tradizionalmente si contrappongano vari metodi di analisi del soggetto interessato⁴¹; senza contare, infine, la frequente emersione di nuovi strumenti – quali, ad esempio, le analisi neuroscientifiche⁴² o i meccanismi predittivi algoritmici⁴³ – che sono in grado di generare, allo stesso tempo, grande entusiasmo e molte perplessità.

Tutte queste incertezze, però, a ben vedere, non sorprendono, né

³⁸ Cfr. EDWARD W. MITCHELL, ROB CORNISH e SEENA FAZEL, *Commentary on «the new Italian Residential Forensic Psychiatric System (REMS). A one-year population study»*, in *Journal of Psychopathology*, 2021, p. 9, secondo cui «in terms of crime, approximately 80% of patients had a conviction for a crime against the person involving violence, of which homicide or attempted homicide was the most common (and family members were often victims). Almost half (48%) of patients had criminal convictions prior to the index offence». Cfr. anche i dati statistici reperibili in P.A. ALLEGRI, M. MIRAVALLE, K. NATALI, D. RONCO e G. TORRENTE, *Progetto di ricerca SMOP*, cit., p. 43 ss.

³⁹ Cfr. M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 26.

⁴⁰ Si vedano, a tal proposito, le riflessioni di F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 29 ss.; A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 148 ss.; M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 11; U. FURNARI, *Trattato*, cit., p. 201; F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in AA.VV., *Pericolosità e giustizia penale*, cit., p. 93; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, cit., p. 768; L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale*, cit., p. 117; G. ROCCA, C. CANDELLI, ILARIA ROSSETTO e F. CARABELLESE, *La valutazione psichiatrico forense*, cit., p. 1452 ss.; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014, p. 8 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, cit., p. 26; E. ZANALDA e M. DI GIANNATONIO, *Overcoming forensic psychiatric hospitals in Italy, five years later*, in *Journal of Psychopathology*, 2021, p. 4.

⁴¹ Cfr. M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 13; A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 155 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 110 ss.

⁴² Per approfondimenti, si vedano, fra gli altri, M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 481 ss.; M.L. DI BITONTO, *Neuroscienze e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupária, Milano, 2018, p. 743; O. DI GIOVINE, *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, p. 711; C. GRANDI, *Le persistenti cautele sull'uso della prova neuroscientifica nel giudizio di imputabilità*, in *Giur. it.*, 2017, p. 174; I. MERZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 175; M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 44 ss.

⁴³ Si veda, per tutti, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence*, cit., p. 131 ss.

possono dirsi esclusive di questo ambito; basti pensare alle diffusissime preoccupazioni sulla solidità gnoseologica di certe prove scientifiche utilizzate per l'accertamento dei fatti – in particolare per la dimostrazione del nesso di causa fra condotta ed evento –, oppure delle tecniche adottate per decifrare i segni rinvenuti sulla scena del crimine.

Se anche per la verifica fattuale del passato l'uso del sapere *extra* giuridico pone rilevantissimi interrogativi e può disorientare, è ovvio che lo stesso avvenga in relazione al tema della pericolosità sociale, che – come si è più volte ripetuto – implica, già di per sé, numerose complessità.

In ogni caso, diversi segnali di una maggiore sensibilità verso un'attenta formulazione dei quesiti da porre a periti e consulenti tecnici, nonché verso una corretta divisione dei compiti fra giudice ed esperto, si intravede in alcuni dei primi «Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche», elaborati in seno ai Distretti di Corte d'appello⁴⁴.

Come è noto, la Risoluzione 24 settembre 2018 del Consiglio Superiore della Magistratura ha auspicato la predisposizione di tali documenti al fine di «integrare il procedimento giudiziario in ciascuna delle sue fasi – dall'eventuale irrogazione della misura provvisoria *ex* art. 206 c.p. fino alla gestione della misura medesima presso gli Uffici di Sorveglianza – con le esigenze e le opportunità offerte dai modelli di assistenza sanitaria presenti sul territorio»⁴⁵.

Così, accanto a una serie di prescrizioni volte a razionalizzare e rendere maggiormente simbiotici i rapporti fra autorità giudiziaria, Dipartimenti di Salute Mentale e personale delle REMS, sono state elaborate preziose indicazioni in merito ai quesiti da sottoporre agli esperti.

Solo per fare qualche esempio, nel Protocollo per il Distretto di Milano⁴⁶, viene suggerito un quesito di questo tenore: «nel caso di accertata incapacità di intendere e volere, indichi il perito/consulente la persistenza di rischio psicopatologico rilevante ai fini dell'apprezzamento, da parte del giudice, della pericolosità sociale». Sebbene

⁴⁴ Per approfondimenti cfr. A. CALCATERRA, *Il soggetto pericoloso: misure personali di sicurezza e di prevenzione, tra tradizione e modernità. Le misure di sicurezza psichiatriche nella prassi: il ruolo dei protocolli operativi*, in *Dir. pen. uomo*, 2021, 4, p. 1.

⁴⁵ Ci si riferisce a CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione sui Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, 24 settembre 2018, consultabile all'indirizzo www.csm.it, p. 1.

⁴⁶ Si veda il *Protocollo operativo in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, consultabile all'indirizzo www.corteappellomilano.it, p. 6.

forse ancora troppo stringata e generica, questa formulazione mette comunque in evidenza i distinti compiti dell'esperto e del giudice, affidando correttamente al primo una valutazione psichiatrica, orientata verso le esigenze di giudizio del secondo⁴⁷.

Ancor più esplicito nel distinguere i ruoli è l'analogo documento catanese⁴⁸. Vi si ricorda che il giudice di merito può nominare d'ufficio un «perito psichiatra», «oltre che per l'accertamento della capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione del reato e della sua capacità di stare in giudizio, anche per l'accertamento della sussistenza in specie della *pericolosità psichiatrica* di cui potrebbe essere in ipotesi portatore l'indagato-imputato, in quanto ammalato psichiatrico (non anche per l'accertamento della *pericolosità sociale* del prevenuto che, com'è noto, rientra nella specifica competenza del giudice di merito che dovrà a tal fine formulare uno specifico giudizio di natura indiziaria e prognostica, facendo leva sui fatti indizianti indicati nell'art. 133 c.p.) [corsivi aggiunti]».

Si può poi ancora ricordare il modello proposto, in relazione ai disturbi della personalità, dal «Tavolo tematico 11», costituito presso gli «Stati generali dell'esecuzione penale»: «in caso di accertato vizio totale di mente, dicano se (nome e cognome) sia da considerare persona che presenta, allo stato, necessità di cura a elevata o attenuata intensità terapeutica e valutino presenza e persistenza di rischio psicopatologico in atto, precisandone i rispettivi indicatori clinici; propongano, se richiesti, il luogo e le modalità di esecuzione del relativo programma terapeutico»⁴⁹.

In ultima analisi, paiono esservi buone ragioni per considerare attualmente superabili i contrasti fra giudice ed esperto, emersi intorno

⁴⁷ Questa formulazione, peraltro, si avvicina molto a quella suggerita in SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA. SOCIETÀ ITALIANA DI PSICHIATRIA FORENSE, *Psichiatria forense*, cit., p. 32: dopo aver ricordato che «allo stato attuale le perizie in tema di capacità di intendere e di volere in penale, nella pratica quotidiana dei tribunali e secondo dottrina dei trattati più diffusi su questo specifico argomento privilegiano nelle risposte ai quesiti posti dal magistrato l'aspetto valutativo giuridico e non l'aspetto dell'intervento psichiatrico di cura e di promozione della salute mentale», si suggerisce ai magistrati di chiedere all'esperto «informazioni psichiatriche utili ai fini degli artt. 203 e 133 c.p. ed indicazioni di cura utili ai fini di giustizia».

⁴⁸ Ci si riferisce al *Protocollo per la gestione degli ammalati psichiatrici sottoposti a misura di sicurezza nel Distretto di Catania*, consultabile all'indirizzo www.ordinavvocaticatania.it, p. 6

⁴⁹ Cfr. *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici. Tavolo 11 - misure di sicurezza*, cit., p. 9. Sul punto, vedi anche M. BERTOLINO, *Il «crimine» della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *Riv. it. med. leg. dir. sanit.*, 2016, p. 1384.

all'accertamento della pericolosità sociale. Quesiti ben posti, chiara definizione dei rispettivi ambiti, nonché una progressiva sperimentazione di nuove tecniche e strumenti di analisi, possono contribuire a diradare, almeno in parte, le nebbie che fisiologicamente affliggono questo giudizio prognostico.

6. *La decisione del giudice*

Quando è emessa sentenza, il codice di rito impone di decidere anche in merito all'applicazione delle misure di sicurezza e, dunque, sulla pericolosità sociale dell'imputato. Ovviamente non valgono, in sede di deliberazione, le problematiche sopra emerse circa la formulazione dei quesiti peritali: prima, il giudicante trae le sue conclusioni sul fatto e sulla sua attribuibilità all'imputato; dopo, analizzando, fra l'altro, i dati storici da lui stesso formalmente accertati, stabilisce se il soggetto in questione è persona «socialmente pericolosa».

Questa sequenza si evince dall'art. 527 c.p.p., secondo cui «sono poste in decisione», in primo luogo, «le questioni di fatto e di diritto concernenti l'imputazione» e, poi, «se occorre, quelle relative all'applicazione delle pene e delle misure di sicurezza»; nonché dall'art. 546 c.p.p., ove, fra i contenuti della sentenza, le tematiche relative «all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica» sono anteposte a quelle sulla «punibilità» e sulla «determinazione della pena [...] e della misura di sicurezza».

Qualche considerazione ulteriore merita la regola di giudizio che il deliberante deve adottare per questo tipo di valutazioni: così come per l'accertamento fattuale, il punto di riferimento dovrebbe essere il ragionevole dubbio.

Vero è che il giudice – come già si è ricordato – ha l'onere di stabilire se «è probabile che [l'imputato] commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203 c.p.). Tuttavia, il riferimento alla probabilità non deve confondere; se, per pronunciare sentenza di condanna, l'imputato deve risultare «colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio», ugual criterio dovrebbe essere adottato per la verifica sulla probabilità di recidiva.

Questa soluzione s'impone per un evidente motivo: l'attribuzione del fatto all'imputato comporta una pena; la dichiarazione di pericolosità sociale implica una misura di sicurezza. Pertanto, posto che, in entrambi i casi, è la libertà personale a essere messa in discussione, non vi è alcuna giustificazione valida per ritenere che la regola di

giudizio debba essere più severa in un caso e meno nell'altro⁵⁰. Irrilevante è inoltre la circostanza che – per quanto riguarda i soggetti non imputabili – la misura di sicurezza venga ordinata a seguito di assoluzione e non di condanna; anche in tal caso è pur sempre in gioco il medesimo diritto inviolabile.

L'imputato potrà dunque essere considerato «socialmente pericoloso» soltanto qualora risulti probabile, al di là ogni ragionevole dubbio, la futura commissione di fatti di reato: la probabilità di recidiva è ciò che deve essere dimostrato, mentre il criterio del ragionevole dubbio segna il *quantum* di prova necessario per raggiungere tale dimostrazione⁵¹.

Peraltro, applicare questa severa regola di giudizio consente – anche in assenza di modifiche normative – di circoscrivere l'operatività delle misure di sicurezza ai casi chiaramente indicativi di prognosi positive. Si può a tal proposito ricordare il lavoro della «Commissione Pelissero», la quale – col fine di imporre «al giudice maggior rigore nell'affermare la sussistenza di questo elemento»⁵² – intendeva ancorare lo *status* di persona socialmente pericolosa alla «rilevante probabilità» di commissione di delitti.

Una ferma osservanza della regola di giudizio in questione può già ora consentire il raggiungimento di simili effetti.

7. (Segue) *La scelta della misura*

Dopo aver stabilito che l'imputato, probabilmente, ricadrà nel reato, il giudice deve scegliere la misura di sicurezza. Di nuovo entra in

⁵⁰ In questo senso sembrano esprimersi F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 28; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 618; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 114. Si vedano però anche le riflessioni di A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 168, secondo cui «se, allorché si corre sul binario colpevolezza/pena, la regola di giudizio è quella per cui gli elementi costitutivi della fattispecie punitiva siano accertati *beyond any reasonable doubt*, su quello, non parallelo, pericolosità/misura di sicurezza un grado di certezza così elevato è difficilmente esigibile e ciò a meno di non fraintendere il senso della formula ogni ragionevole dubbio».

⁵¹ In merito all'applicabilità della regola dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» anche a contesti diversi da quello della decisione sulla colpevolezza, cfr., per tutti, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 92 ss.

⁵² Cfr. *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie D.M. 19.7.2017* (Pres. Prof. Marco Pelissero), consultabile in www.giustizia.it, p. 25.

gioco la pericolosità sociale, la quale, negli ultimi decenni, ha decisamente mutato ruolo, o meglio ne ha assunti di nuovi: un tempo era principalmente presupposto applicativo della misura; adesso è anche criterio di scelta della misura da applicare.

Nel sistema originario del 1930, infatti, le presunzioni di pericolosità sociale stabilivano chi doveva essere considerato a rischio di recidiva e quelle di adeguatezza indicavano aprioristicamente quale fosse la misura adottabile⁵³. Gli spazi di discrezionalità erano molto ridotti.

Attualmente, invece, va sempre accertato in concreto se l'imputato è socialmente pericoloso e – grazie ad alcuni interventi della Corte costituzionale⁵⁴, successivamente positivizzati dal legislatore – il metodo di individuazione della misura è divenuto abbastanza simile a quello delle cautele personali: le misure più gravose sono divenute l'ultima *ratio*, da adottarsi solo quando quelle meno compressive della libertà personale non riescono a garantire – pur variamente modulate – il trattamento del soggetto interessato e il contenimento del rischio di recidiva.

Le responsabilità del giudice si sono quindi di gran lunga ampliate: dopo aver verificato se il soggetto è «socialmente pericoloso», deve poi scegliere la misura più adeguata in relazione al grado di pericolosità riscontrato.

Nuove problematiche sono tuttavia emerse quando – come si è già accennato – il legislatore ha trasformato in diritto positivo le ormai decennali indicazioni del giudice delle leggi in merito alla sussidiarietà delle misure maggiormente incisive sulla libertà personale. Secondo l'art. 1 del d.l. n. 52 del 2014, «il giudice dispone nei confronti dell'in-

⁵³ Per approfondimenti su questo percorso, cfr., fra gli altri, M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali*, cit., p. 461; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale*, cit., p. 455 ss.; A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 65 ss.; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 175 ss.; F. GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità*, cit., p. 81 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 55 ss.; E. MUSCO, *Misure di sicurezza*, cit., p. 766; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza*, cit., p. 35 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 103 ss.; ID., *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in AA.VV., *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale*, cit., p. 9 ss.; C. PELUSO, *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, cit., p. 150; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, cit., p. 16; F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, 2, p. 89 ss.

⁵⁴ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 297, con nota di M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso* (p. 300); Corte cost., 17 novembre 2004, n. 367, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 425, con nota di F. TRIULZI, *Infermo di mente e misure di sicurezza non detentive* (p. 427); Corte cost., 9 luglio 2009, n. 208, in *Cass. pen.*, 2010, p. 145.

fermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale».

In particolare, è l'ultimo inciso ad aver creato non poche difficoltà interpretative⁵⁵. L'intento di tale precisazione – che obbliga il giudice a obliterare le «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» – era ben noto: porre fine «alla situazione, non infrequente nella pratica, per cui la proroga delle misure di sicurezza detentive viene disposta, nei confronti dei malati psichici, non in esito ad una attuale e concreta pericolosità derivante dalla patologia psichica, bensì per carenza di altre valide soluzioni di ricollocamento sul territorio, nei casi in cui il soggetto sia privo di riferimenti socio familiari o di altre possibilità di ricovero non segregante in strutture specializzate»⁵⁶.

Tuttavia, a molti, la medicina è sin da subito parsa peggiore della malattia: in primo luogo – si è detto – «i fattori individuali non possono di per sé bastare per formulare un giudizio di pericolosità sociale, in quanto è necessario considerare la loro interazione con gli

⁵⁵ Per approfondimenti ulteriori, A. CAPUTO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 134 ss.; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità*, cit., p. 427 ss.; G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., p. 613 ss.; S. FINAZZO, *Residenze*, cit., p. 688 ss.; A. LAURITO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive per infermi di mente al vaglio della giurisprudenza: profili critici della l. n. 81/2014*, in *Riv. it. med. leg. dir. sanit.*, 2017, p. 493; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra «cura» e «custodia» nel passaggio dagli ospedali psichiatrici alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, *ivi*, 2015, p. 1380 ss.; L. NOTARO, *Accertamento e trattamento della pericolosità sociale*, cit., p. 126; E. PORCEDDU, *Accertamento della pericolosità sociale dell'infermo e del seminfermo di mente, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza personale detentiva all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4028; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 11 ss. Cfr. anche P.A. ALLEGRI, M. MIRAVALLE, K. NATALI, D. RONCO e G. TORRENTE, *Progetto di ricerca SMOP*, cit., pp. 13 e 56-57.

⁵⁶ Così, testualmente, F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, 3, p. 4. Cfr. anche P.A. ALLEGRI, M. MIRAVALLE, K. NATALI, D. RONCO e G. TORRENTE, *Progetto di ricerca SMOP*, cit., p. 49, in cui si ricorda che «i 'tempi' della giustizia in genere non coincidono con i 'tempi' della cura, per cui spesso accade che la pericolosità sociale venga prorogata più in ragione di una mancata progettualità sull'esterno che per una vera e propria necessità di continuità della cura all'interno dell'istituzione Rems».

altri fattori di contesto, personali ed ambientali»; in secondo luogo, l'inciso in questione avrebbe condotto «a considerare socialmente pericolosi soggetti che, inseriti in un certo contesto relazionale, non presenterebbero particolari rischi di recidiva»⁵⁷.

Successivamente, l'insofferenza verso questa disposizione ha portato a chiamare in causa anche la Corte costituzionale⁵⁸. Alle censure proposte, volte a evidenziare, fra l'altro, le irragionevoli disparità e gli squilibri che la riforma generava, il giudice delle leggi ha offerto, come è noto, una risposta non del tutto appagante: ci si è limitati a osservare che – al contrario di quanto sostenuto dal rimettente – la riforma non avrebbe riguardato «la pericolosità sociale come categoria generale», ma si sarebbe riferita «più specificamente alla pericolosità che legittima il “ricovero in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura”».

Di qui, la conclusione su cui si basa la pronuncia: la valutazione di pericolosità sociale – ossia quella necessaria per capire «se» applicare una misura – continua a svolgersi «nei modi generalmente previsti» anche per semimputabili e non imputabili; dopodiché, è solo «per disporre il ricovero di una persona in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura o di custodia che il giudice deve accertare, “senza tenere conto delle condizioni di cui all'art. 133, secondo comma, numero 4, del codice penale”, che “ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale”»⁵⁹.

Varie sono le criticità riscontrabili nel *decisum* appena riassunto.

Anzitutto, non si comprende quante «pericolosità sociali» sono state individuate: prima la Corte segna il solco fra una pericolosità «come categoria generale» e quella «che legittima il ricovero»; tuttavia, nelle righe successive, il riferimento alla seconda scompare: il giudice – si afferma – valuta «la pericolosità sociale nei modi generalmente previsti» e, in un secondo momento, semplicemente, opera a base ristretta per scegliere la misura.

Si è inoltre sostenuto che la soluzione esegetica suggerita discenda dalla lettera della legge. Tuttavia, pare piuttosto evidente che il legislatore intendesse modificare la struttura della pericolosità sociale per infermi e seminfermi di mente: il d.l. n. 52 si riferisce testualmente a un solo giudizio di pericolosità, «il cui accertamento è effettuato» a base limitata.

⁵⁷ Così, testualmente, M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 925.

⁵⁸ Ci si riferisce ancora a Corte cost., 24 giugno 2015, n. 186, cit.

⁵⁹ Cfr. A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., p. 1387, la quale afferma che, nella visione della Corte, «dal primo giudizio relativo all'*an* della pericolosità si passa al secondo giudizio sul *quantum* della stessa».

Infine, resta da analizzare il profilo più critico: con questo *escamotage* – ossia statuendo l'erroneità del presupposto interpretativo adottato dal rimettere – la Consulta ha finito per eludere la sostanza di alcune censure e ha rimediato solo in parte ai difetti della riforma.

Vero è che, grazie all'impostazione delineata dalla Corte, la verifica di pericolosità sociale – restituita nella sua completezza – tiene conto dei fattori di contesto; tuttavia, questi ultimi, anziché a monte, vengono ora ignorati a valle, ossia nella successiva fase di scelta della misura⁶⁰. Pertanto, un soggetto che, godendo di un ottimo ambiente esterno, ben potrebbe ottenere la libertà vigilata, corre il pericolo di veder comunque applicato il ricovero in REMS⁶¹.

Allo stato attuale, è allora prefigurabile il seguente rischio: il giudice – sapendo che poi il successivo «vaglio amputato» lo obbligherebbe ad applicare la misura più grave – può essere indotto a escludere, in radice, la pericolosità sociale. In questo modo, però, potrebbero uscire dal circuito trattamentale soggetti che, invece, ne avrebbero necessità.

Insomma, i problemi ancora aperti sembrano molti.

⁶⁰ Si è parlato a tal proposito di «sistema bifasico». Cfr. M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità*, cit., p. 434; S. FINAZZO, *Residenze*, cit., p. 691; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di «definitivo superamento» degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, *Rivista web*, 2015, 2, p. 11. In questo senso, si è espressa anche la Cassazione: si veda Cass. pen., 10 maggio 2017, n. 38965, in *Dejure*, secondo cui la sentenza in parola ha condotto alla costruzione di un «sistema bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico, vertente prima sull'*an* circa la pericolosità sociale del reo, poi sul *quomodo* per fronteggiarla: mentre nel primo il giudice di merito può avvalersi di tutti gli indicatori dell'art. 133 c.p., comma 2, nel secondo, gli sono interdetti quelli di tipo 'situazionale/sociale'». Va tuttavia rilevato che, sempre in giurisprudenza, non sono mancante prese di posizione diverse, volte a ridurre l'impatto della riforma; così, ad esempio, si è tentato di attribuire alle indicazioni fornite dal legislatore un ruolo più pedagogico che strettamente precettivo. In tal senso, si veda Cass. pen., 11 ottobre 2016, n. 52823: «ritenere che il Tribunale non debba tenere conto – come se non esistesse della condizione in cui si troverebbe l'imputata al momento della dimissione dall'OPG in cui è ricoverata in ragione dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza significherebbe imporre al giudice di merito una valutazione astratta e non concreta, e quindi probabilmente erronea e pericolosa per la società e per la stessa interessata»; piuttosto – si afferma – «il divieto di fare riferimento alle condizioni di cui all'art. 133 c.p., comma 2, n. 4 è una sollecitazione a non cadere nella scelta della misura più contenitiva come soluzione più facile, ben potendo i servizi e le strutture ideare soluzioni adeguate, anche se organizzativamente meno semplici e più impegnative». Per un commento a quest'ultima pronuncia, A. LAURITO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 508 ss.

⁶¹ Si vedano M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità*, cit., p. 436; A. MASSARO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 12.

Il legislatore ha cercato di sdoppiare la pericolosità sociale, forgiandone una apposita in relazione ai soggetti colpiti da infermità mentale; di per sé, non sembra trattarsi di un'operazione illegittima, sempre che, naturalmente, la «nuova» pericolosità – al contrario di quanto accaduto in questo caso – risponda a canoni di piena ragionevolezza.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha preferito ricostruire la categoria «unitaria», senza però risolvere fino in fondo le questioni originarie dalla riforma.

In ogni caso, quel che più stupisce in questa vicenda è che, se davvero l'obiettivo del legislatore era soltanto quello di impedire che contesti socio-famigliari sfavorevoli facessero pendere troppo spesso l'ago della bilancia verso la REMS, la soluzione poteva probabilmente essere molto più semplice: mutuando una tecnica normativa tipica in materia di esigenze cautelari – peraltro già utilizzata, nella medesima riforma, per la «mancanza di programmi terapeutici individuali» – sarebbe forse bastato stabilire che la necessità del ricovero in Residenza non potesse essere desunta dai soli parametri di cui all'art. 133, comma 2, n. 4, c.p.⁶². Così, questi ultimi avrebbero continuato a essere valutati in favore del soggetto interessato e, allo stesso tempo, il legislatore avrebbe comunque raggiunto il suo obiettivo, senza dover optare per limitazioni drastiche come quella infine adottata.

8. *Il ruolo del «bisogno di cura»*

Finora, sono state illustrate le caratteristiche strutturali del giudizio prognostico di pericolosità sociale e ci si è soffermati sui profili salienti del suo accertamento relativamente ai possibili destinatari delle REMS. Ora, alla luce delle impressioni ricavate, proveremo ad abbozzare qualche riflessione *de iure condendo*.

Inevitabilmente, il punto di partenza di ogni discussione in questo ambito deve sempre essere lo stesso: continua a sussistere l'«orrenda ma evidente necessità, in funzione di difesa sociale, di neutralizzare la persistente pericolosità sociale di alcuni autori di reato»⁶³.

⁶² Una simile esegesi della disposizione in commento è stata comunque suggerita da alcuni Autori: G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale*, cit., p. 617; F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità*, cit., p. 7; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., p. 1385; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., p. 925; D. POTETTI, *La pericolosità sociale*, cit., p. 3328; F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale*, cit., p. 15.

⁶³ Così, testualmente, G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle mi-*

Si può certamente discutere dell'*an* e del *quomodo*, ma realismo impone di conservare strumenti di controllo, sotto forma di misure di sicurezza, quantomeno nei confronti di alcuni dei soggetti prosciolti a causa del disturbo riscontrato. Il problema, infatti, si pone principalmente in relazione a questi ultimi: nei confronti di imputabili e semimputabili viene eseguita una pena e dovrebbe allora essere questo il momento in cui garantire loro adeguati percorsi trattamenti e riabilitativi dentro (o fuori) dal carcere⁶⁴; al contrario, la posizione di chi è stato dichiarato totalmente incapace di intendere e di volere è senza dubbio più complessa.

Sugli obblighi del sistema penale verso i soggetti colpiti da grave infermità mentale, dichiarati «socialmente pericolosi», non si possono poi non citare le chiare indicazioni della Corte costituzionale. Le misure di sicurezza per gli infermi psichici – è stato detto con la sentenza n. 253 del 2003⁶⁵ e poi ribadito anche di recente⁶⁶ – «si

sure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare), in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2014. Nello stesso senso, A. CARDINALI, *REMS: una riforma in divenire*, in *Riv. it. med. leg. dir. sanit.*, 2019, pp. 418-419; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Pericolosità e giustizia penale*, cit., pp. 74-75. Sui rischi di una incontrollata prevalenza delle esigenze di controllo sociale, si veda M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale*, cit., p. 463 ss.

⁶⁴ Nel senso di limitare le misure di sicurezza ai soli «non imputabili», si vedano R. BARTOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 722; M. BERTOLINO, *Il «crimine»*, cit., p. 1390; A. MANNA, *Sull'«abolizione» degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1334; M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1286 ss.; ID., *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 364; M. RONCO, *Proposta di riforma sulle misure di sicurezza personali e imputabilità*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, p. 87.

⁶⁵ Il riferimento va ancora a Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, cit.

⁶⁶ Cfr. Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 99, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3142, con nota di M. BORTOLATO, *La sentenza n. 99/2019 della Corte costituzionale: la pari dignità del malato psichico in carcere* (p. 3152), la quale – statuendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ord. penit., laddove non prevedeva, in ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, la possibilità di applicare la detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 della medesima disposizione – ha compiuto delle affermazioni utili anche nel caso di specie: «l'istituto della detenzione domiciliare» – si è infatti detto – «è una misura che può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora esso sia incompatibile con la permanenza in carcere e, contemporaneamente, le esigenze di difesa della collettività che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica». Su questa sentenza e sulle sue implicazioni sistematiche, cfr. anche A. CALCATERRA, *Salute mentale e detenzione: un passo avanti. È possibile la cura fuori dal carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2019; A. MENGHINI, *Detenzione domiciliare «in surroga» e infermità*

muovono fra due polarità»: oltre, naturalmente, a dover essere «adeguate alla cura» di questi soggetti, tali misure hanno anche il compito di «contenere» la pericolosità sociale accertata dal giudice, al fine di «tutelare la collettività dalle sue ulteriori possibili manifestazioni pregiudizievoli». Per un verso, dunque, «cura e tutela dell'infermo» e, per altro verso, «contenimento della sua pericolosità sociale», da bilanciare ragionevolmente all'interno di un sistema che, «se rispondesse ad una sola di queste finalità [...] e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile»⁶⁷. Sono queste, insomma, le coordinate valoriali entro cui ci si deve muovere⁶⁸.

Ribadite queste necessità, possono comunque residuare dubbi circa presupposti e modalità d'intervento.

Il primo interrogativo è forse quello più spinoso. Ha ancora senso parlare di pericolosità sociale? Il presupposto fondativo delle misure di sicurezza andrebbe sostituito?

Ferma l'eventualità di fronteggiare – anche per fini collettivi e non solo individuali – il disturbo da cui è affetto il non imputabile, finanche a giungere a forme intense di privazione della libertà personale, vi è chi suggerisce di mutare le condizioni applicative delle misure di sicurezza: anziché la «pericolosità sociale», l'indicatore dovrebbe essere il «bisogno di cura» o «di trattamento»⁶⁹. Il vantaggio di questa nozione – si afferma – sarebbe quello di soppiantare l'aleatoria prognosi di recidiva, affidando l'equilibrio del sistema a un concetto scientifico, sul quale periti e consulenti possono esprimersi a ragion veduta⁷⁰.

psichica sopravvenuta, in *Giur. it.*, 2019, p. 1197; M. PELISSERO, *Infermità psichica sopravvenuta: un fondamentale intervento della Corte costituzionale a fronte del silenzio del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1261.

⁶⁷ Così si legge in Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253, cit., recentemente ripresa da Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22.

⁶⁸ Cfr. R. CATANESI, F. CARABELLESE e I. GRATAGLIANO, *Cura e controllo*, cit., p. 64 ss.; A. MASSARO, *Sorvegliare, curare e non punire*, cit., p. 1374, la quale comunque ricorda anche la necessità di evitare il «ritorno alla sovrapposizione di finalità custodiali rispetto a quelle terapeutiche, che imponendo l'irrealistico obiettivo di un 'controllo a ogni costo' dell'internato, rischia di alimentare pratiche di medicina difensiva e, nonostante la sanitarizzazione delle REMS, di relegare in secondo piano la tutela della salute del paziente»; M. PELISSERO, *Quale futuro*, cit., p. 1278 ss.

⁶⁹ Si vedano, in questo senso, fra gli altri, M. BERTOLINO, *Il «crimine» della pericolosità sociale*, cit., p. 1383 ss.; A. MANNA, *Sull'«abolizione»*, cit., p. 1329 ss. Per ulteriori approfondimenti, M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 28 ss.; M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 79; E. ZANALDA e M. DI GIANNATONIO, *Overcoming forensic psychiatry*, cit., p. 4.

⁷⁰ Così si esprime U. FORNARI, *Trattato*, cit., pp. 79 e 217.

Tale proposta, da un certo punto di vista, è sicuramente condivisibile; si è già ricordato come l'esperto sia messo in difficoltà dai quesiti focalizzati sulla «pericolosità sociale», che è concetto non inquadrabile fra i suoi saperi.

Eppure, la questione va forse affrontata anche da un'altra angolazione. Al di là di ogni altro ragionamento⁷¹, non va dimenticato che, all'esito del processo, è il giudice ad avere la responsabilità di decidere se applicare una misura di sicurezza e quale applicare. Pertanto, soppiantare un concetto giuridico, come la «pericolosità sociale», con uno psichiatrico, qual è il «bisogno di terapia», creerebbe un problema inverso – e forse ancor più grave – di quello che, spesso, si è finora manifestato: la scelta dell'applicazione della misura verrebbe formalmente a dipendere dalla valutazione dell'esperto e il giudicante – del tutto privo di capacità di discernimento in materia – non potrebbe fare altro che agire in conformità al parere espresso.

In breve, mentre ora è l'esperto a dolersi del fatto che il giudice gli impone di operare con concetti giuridici, sarebbe il giudice a dover applicare concetti psichiatrici; posto, però, che è quest'ultimo a dover decidere – e non l'esperto – la seconda situazione sarebbe probabilmente ancora più problematica della prima.

A conferma di questa opinione, vale forse la pena di ricordare, ancora una volta, i lavori degli «Stati generali dell'esecuzione penale». Nelle conclusioni del «Tavolo tematico 11» – pur composto da variegate professionalità, non solo giuridiche – il trattamento dei soggetti dichiarati «non imputabili» è diviso in tre aree; la terza – quella in cui «la cura e il trattamento» hanno contenuto più spiccatamente «coercitivo» – viene riservata agli autori dei delitti più gravi e diviene applicabile qualora, «oltre al reato presupposto, sussista il fondato motivo di ritenere probabile il tentativo o la consumazione di altro reato della medesima indole e di almeno pari gravità»⁷². Anche in tale sede è quindi emersa l'irrinunciabilità di una qualche forma di prognosi criminale⁷³.

⁷¹ Sull'opportunità del riferimento al concetto di pericolosità sociale, cfr. R. BARTOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 717; S. FINAZZO, *Residenze*, cit., pp. 697-698; M. PELISSERO, *Quale futuro*, cit., pp. 1278 ss. e 1283 ss., il quale afferma che, nel caso in cui il presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza venisse focalizzato sul solo bisogno di cura, «si assisterebbe a una impropria sanitarizzazione del diritto penale».

⁷² Cfr. ancora *Stati generali dell'esecuzione penale. Tavoli tematici. Tavolo 11 - misure di sicurezza*, cit., pp. 17-18.

⁷³ Sul punto M. BERTOLINO, *Il «crimine» della pericolosità sociale*, cit., p. 1386; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità*, cit., p. 443.

Fino a quando la sorte dei non imputabili sarà disciplinata dal diritto penale e stabilita da un giudice penale, non vi è probabilmente altra soluzione: privazioni della libertà personale, come quelle conseguenti alle misure di sicurezza, devono fondarsi su concetti giuridici⁷⁴. Qualora, invece, si desse prima o poi seguito all'idea, recentemente riemersa, di sottrarre almeno una parte dei «non imputabili» – quantomeno «gli autori dei reati di più modesta gravità» – «all'area del diritto penale per avviarli ad un circuito extrapenalistico puramente terapeutico od educativo»⁷⁵, la situazione forse cambierebbe; dopo il proscioglimento, con l'uscita di scena del giudice penale, ogni ulteriore valutazione potrebbe diventare – nella forma e nella sostanza – esclusivamente «medico-scientifica».

L'opportunità di mantenere la probabile ricaduta nel reato, quale presupposto fondativo delle misure di sicurezza, non significa comunque che, sulla sponda opposta, debbano essere periti e consulenti tecnici a pagarne totalmente il prezzo. Come si è tentato di dimostrare, infatti, la soluzione più corretta – anche a livello normativo – è quella di formulare quesiti che siano orientati verso le conoscenze dell'esperto e si rivelino, allo stesso tempo, d'ausilio per la prognosi criminale e per la scelta della misura; il «bisogno di terapia» deve quindi sicuramente rientrare nel novero complessivo delle valutazioni richieste⁷⁶.

⁷⁴ Si vedano, a tal proposito, le recenti parole della Corte costituzionale (Corte cost., 27 gennaio 2022, n. 22), secondo cui, «in quanto misura di sicurezza, l'assegnazione alla REMS non può che trovare la propria peculiare ragion d'essere – a fronte della generalità dei trattamenti sanitari per le malattie mentali – in una specifica funzione di contenimento della pericolosità sociale di chi abbia già commesso un reato, o sia gravemente indiziato di averlo commesso, in una condizione di vizio totale o parziale di mente». Sul punto, vanno citate anche le riflessioni di M. PELISSERO, *I mutamenti della disciplina*, cit., p. 16, il quale ha precisato che, comunque, nell'attuale contesto normativo, pericolosità sociale e bisogno di cura non rappresentano più «due visioni antinomiche inconciliabili, perché sono in realtà meno distanti di quanto appaia: da un lato, il bisogno di cura guarda alla necessità di prevenire la commissione di reati [...]; dall'altro lato, la pericolosità sociale recupera sul piano esecutivo della misura l'attenzione alle esigenze terapeutiche».

⁷⁵ Così propone F. PALAZZO, *La Riforma penale alza il tiro*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, p. 59.

⁷⁶ Non va infatti dimenticato, a questo proposito, il recente monito della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – proprio in una sentenza riguardante il nostro Paese – ha confermato come «l'*administration d'une thérapie adéquate est devenue une exigence dans le cadre de la notion plus large de 'régularité' de la privation de liberté. Toute détention de personnes souffrant de maladies psychiques doit poursuivre un but thérapeutique, et plus précisément viser à la guérison ou l'amélioration, autant que possible, de leur trouble mental, y compris, le cas échéant, la réduction ou*

Inoltre, pur mantenendo il riferimento codicistico alla «pericolosità sociale», nulla impedisce, in prospettiva, di circoscrivere il ventaglio dei reati su cui proiettare il rischio di recidiva: come infatti già proposto dalla «Commissione Pelissero», si potrebbe superare l'attuale categoria «generale» ex art. 203 c.p., accogliendo «una nozione di pericolosità sociale specifica, rapportata alla specificità dei delitti commessi»⁷⁷; tramite una riduzione delle condotte criminose oggetto di prognosi, l'applicazione della misura resterebbe limitata alle situazioni più critiche e – avendone ristretto l'orizzonte – verrebbe anche contenuta la possibile fallacia della valutazione prognostica⁷⁸.

9. *Spostare in avanti l'accertamento del rischio di recidiva?*

Confermata la necessità di un giudizio di prognosi criminale, quale condizione applicativa delle misure di sicurezza, si può da ultimo riflettere sulla sede più opportuna per compierlo.

Si è visto che il vaglio di pericolosità sociale ex art. 203 c.p. è inevitabilmente proiettato in avanti rispetto al tema principale del procedimento di cognizione; esso presume la commissione del fatto da parte dell'imputato e, insieme ad altri indici personologici, ne fa oggetto di dettagliata osservazione, utilizzandolo come parametro valutativo.

Basta allora forse questa circostanza per rendere evidente l'opzione preferibile: l'apprezzamento della probabilità di recidiva appare fisiologicamente impostato per svolgersi successivamente all'accertamento del fatto e non in contemporanea a esso. Solo quando tale accertamento si è cristallizzato, vi sono a disposizione elementi solidi e certificati su cui finalmente basarsi, svaniscono possibili frizioni con la presunzione di non colpevolezza e, infine, il giudizio sul fatto e quello sulla persona non rischiano più di influenzarsi indebitamente.

Sulla validità di una simile conclusione non pare anzitutto incidere il tradizionale insegnamento per cui il lavoro del perito è più

la maîtrise de leur dangerosité»; si è inoltre ricordato, nella medesima pronuncia, che «*quel que soit l'endroit où ces personnes se trouvent placées, elles ont droit à un environnement médical adapté à leur état de santé, accompagné de réelles mesures thérapeutiques ayant pour but de les préparer à une éventuelle libération*» (così si esprime Corte e.d.u., sez. I, 24 gennaio 2022, Sy c. Italia, § 112.

⁷⁷ Cfr. ancora *Commissione per la riforma*, cit., p. 25.

⁷⁸ Si esprimono in questo senso F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 27; M. PELISSERO, *Quale futuro*, cit., p. 1285.

efficace se svolto in prossimità dei fatti da esaminare⁷⁹. Sicuramente, la condotta tenuta dall'imputato rappresenta limite e misura della sua pericolosità sociale⁸⁰; tuttavia, in questo caso, non si tratta di accertarla – come ad esempio accade quando si verifica la capacità di intendere e di volere – ma solo di osservarla in chiave prospettica.

Per la stessa ragione, nemmeno paiono conferenti le perplessità che, da sempre, caratterizzano l'idea di separare la fase di accertamento dei fatti da quella di emissione della relativa pena⁸¹. I para-

⁷⁹ Si veda, sul punto, U. FORNARI, *Trattato*, cit., p. 58. Cfr. però anche le riflessioni di F. CARRIERI e R. CATANESI, *La perizia psichiatrica*, cit., pp. 30-31, i quali, trattando della perizia psichiatrica, pur dopo aver ricordato che «è indubitabile che visitare il reo nell'immediatezza dei fatti garantisca una fedeltà di osservazione che indagini retrospettive mai potranno avere», affermano come, d'altro canto, sia «inaccettabile che ancor oggi si sottopongano a perizia psichiatrica, per l'accertamento dell'imputabilità, persone la cui responsabilità è lungi dall'essere dimostrata»; infatti, «senza un'ammissione spontanea di responsabilità da parte dell'imputato, ovvero una prioritaria condanna da parte della Magistratura, ogni tentativo di valutazione criminodinamica dei fatti-reato è dunque da considerarsi 'avventuroso', del tutto privo di validità scientifica». Secondo gli stessi, in definitiva, «forse meglio sarebbe [...] l'idea del processo bifasico, nel quale ad una prima fase orientata all'accertamento della responsabilità (processo della cognizione) seguisse quella della verifica dell'imputabilità (processo della esecuzione), di modo che il perito possa svolgere la propria attività in un clima di maggior certezza operativa». Nello stesso senso, T. BANDINI e G. ROCCA, *La psichiatria forense e il «vizio di mente»: criticità attuali e prospettive metodologiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 423.

⁸⁰ Cfr. A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., pp. 56 e 150; M. PELISSERO, *Quale futuro*, cit., p. 1286; nonché Id., *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 185-186, ove – dopo aver ricordato il *dictum* delle Sezioni unite del 2005 secondo cui è imprescindibile «un preciso collegamento tra disturbo psichico e fatto» – si conclude che, «se ciò vale agli effetti dell'imputabilità, altrettanto deve valere sul piano degli effetti sanzionatori ricondotti al riconoscimento della non imputabilità del soggetto: la pericolosità deve pertanto fondarsi sul fatto commesso e sul disturbo psichico».

⁸¹ Ci si riferisce, in particolare, ai lavori della «Commissione Riccio» (*Commissione Riccio - per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) - Relazione*, consultabile in www.giustizia.it), in seno alla quale la possibilità di «trasformare il tribunale di sorveglianza in un 'tribunale della pena' competente a emanare, dopo il passaggio in giudicato della sentenza concernente la responsabilità dell'imputato, tutte le decisioni relative al trattamento sanzionatorio» fu scartata, fra l'altro, per la seguente ragione: «sono state manifestate notevoli perplessità circa la stessa attitudine del tribunale della pena a effettuare una corretta determinazione del trattamento sanzionatorio, essendo indispensabile, a tal fine, una conoscenza del fatto di reato che un simile tribunale – estraneo all'accertamento dell'episodio criminoso e distante anche cronologicamente dal medesimo – non potrebbe vantare». Sulla possibilità di scindere l'accertamento sul fatto e quello sulla persona, si vedano le riflessioni di F. CAPRIOLI, *Introduzione*, in F. CAPRIOLI e D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2011, p. 18 ss.; M.T. COLLICA, *Il giudizio di imputabilità*, cit.,

metri legali di riferimento sono gli stessi (art. 133 c.p.); tuttavia, il giudizio di pericolosità sociale e la scelta della misura di sicurezza investono questioni peculiari e a sé stanti, che ben possono essere affrontate – se non addirittura meglio affrontate – da chi non partecipa al vaglio sulla fondatezza dell'imputazione.

Per giunta – si può ancora ricordare – il periodo del procedimento di cognizione, come diremo meglio fra poco, può essere l'occasione per un'osservazione scientifica più meditata del soggetto interessato.

Insomma, sulla base di queste considerazioni, è forse nella fase esecutiva che la prognosi criminale potrebbe essere preferenzialmente svolta; quest'ultima sede diverrebbe quindi il vero fulcro dell'accertamento in parola, mentre, al giudice della cognizione resterebbe affidata soltanto l'eventuale applicazione di misure «provvisorie»⁸².

Il modello potrebbe essere mutuato dalla disciplina sulle questioni civili: salvo il caso in cui la pericolosità sociale venga esclusa o se ne ritenga già raggiunta la piena prova – quindi le ipotesi più evidenti –, la questione verrebbe espressamente rimessa al magistrato di sorveglianza⁸³.

In questo modo, il giudice di cognizione si concentrerebbe maggiormente sull'accertamento fattuale, lasciando ad altri compiti ulteriori che adesso – come evidenzia la prassi – vengono a volte trascurati⁸⁴. Sull'opposto versante, la decisione sulla pericolosità sociale

p. 1178 ss.; G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 706; P. MARTUCCI, *Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 746; M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 159 ss.; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 116; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., pp. 374-375.

⁸² Si pensi, ad esempio, non solo alle REMS, ma anche a strutture del servizio psichiatrico ospedaliero (art. 286 c.p.p.), oppure alle sezioni specializzate per detenuti con infermità, come già previsto dalla «Commissione Pelissero» per la fase antecedente all'emissione della sentenza di primo grado (cfr. *Commissione per la riforma*, cit., p. 98).

⁸³ Un simile modello potrebbe peraltro essere adottato anche in relazione a imputabili e semimputabili raggiunti da un provvedimento di condanna; verrebbe infatti preservato quello stretto legame causale fra condanna e privazione della libertà personale richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi dell'art. 5 della Convenzione; cfr. Corte e.d.u., sez. V, 13 gennaio 2011, Haidn c. Germania, § 75: «the word «after» in sub-paragraph (a) does not simply mean that the «detention» must follow the «conviction» in point of time: in addition, the «detention» must result from, follow and depend upon or occur by virtue of the «conviction» [...]. In short, there must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue».

⁸⁴ Cfr. A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 64 ss., il quale fra l'altro ricorda

resterebbe spesso affidata a una magistratura specializzata che, già ora, ha il compito di «accertare se l'interessato è persona socialmente pericolosa», prima di eseguire la misura (art. 679 c.p.p.), si occupa poi di riesaminare periodicamente il caso ai sensi dell'art. 208 c.p. e, in generale, provvede «all'applicazione, esecuzione, trasformazione o revoca, anche anticipata, delle misure di sicurezza» (art. 69, comma 4, ord. penit.)⁸⁵.

Inoltre, in Sorveglianza, è possibile contare su documentazione aggiuntiva rispetto a quella prima disponibile; si pensi alle relazioni elaborate dal Dipartimento di salute mentale – che nel frattempo potrebbe aver preso in carico il soggetto interessato – o dalle strutture in cui quest'ultimo può essere stato provvisoriamente ricoverato⁸⁶.

Naturalmente un simile meccanismo richiederebbe vari aggiustamenti: il procedimento davanti al magistrato di sorveglianza dovrebbe essere ulteriormente potenziato – sia dal punto di vista delle

che, «soprattutto in un processo penale monofasico, che non distingue la decisione sulla responsabilità da quella sulla irrogazione delle sanzioni, è [...] inevitabile che il giudicante attribuisca un significato preponderante alla verifica che il fatto sussista, che l'imputato lo abbia commesso, che difettino cause di giustificazione, che sussista la colpevolezza e, quindi, l'imputabilità»; L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1412-1413, la quale rileva «un certo imbarazzo dei giudici della cognizione nel compiere giudizi sulla persona, sull'uomo», dovuto probabilmente anche a «una sorta di naturale propensione verso le caratteristiche cognitive della giurisdizione perché riconosciute 'primo fondamento' della propria legittimazione». Si veda anche *Commissione per la riforma*, cit., p. 30, in cui si riporta una doglianza della Magistratura di Sorveglianza, secondo cui, nonostante «il codice di procedura penale preveda che il giudice disponga in sentenza l'applicazione delle misure di sicurezza nei casi previsti dalla legge, succede spesso che il giudice della cognizione dimentichi di ordinare l'applicazione della misura».

⁸⁵ Si veda, di recente, M. RUARO, sub *art. 679 c.p.p.*, in *Comm. ord. penit.* Della Casa e Giostra, 6^a ed., Padova, 2019, p. 1109, secondo cui «se è vero che, ai fini della prognosi di recidiva, il giudice della cognizione e il mag. sorv. si avvalgono degli stessi indici normativi di pericolosità, è altrettanto vero, tuttavia, che l'accertamento del mag. sorv. si inserisce in un contesto più favorevole al buon esito dell'accertamento», anche per merito della «cultura professionale del mag. sorv., il quale diversamente dal giudice incaricato di accertare il fatto-reato, utilizza abitualmente schemi logici di tipo prognostico». Per riflessioni analoghe, M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., p. 27; A. PROCACCINO, *Pericolosità sociale (accertamento della)*, cit., p. 1057, secondo cui la separazione della decisione sulla pericolosità sociale comporterebbe «l'indubbio vantaggio di disporre di spazi e risorse ampliati e più appropriati ad un iter valutativo tanto diverso rispetto a quello della cognizione quanto delicato».

⁸⁶ Cfr. U. FORNARI, *Trattato*, cit., p. 61. Per ulteriori approfondimenti sui materiali probatori acquisibili, cfr. F. GIUNCHEDI, *Prova nel procedimento di esecuzione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VII, Torino, 2013, p. 449 ss.

garanzie processuali, sia del diritto alla prova⁸⁷ – e andrebbe garantita la sua instaurazione in tempi molti rapidi.

Tuttavia, una rinnovata ripartizione dei compiti fra giudice di cognizione e magistratura di sorveglianza potrebbe giovare sia al giudizio sulla fondatezza dell'imputazione, sia alla valutazione prognostica sui futuri comportamenti di un, già accertato, autore di reato.

⁸⁷ Si vedano sul punto le riflessioni di F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale*, cit., p. 32, il quale ricorda come la prassi della procedura *ex art. 679 c.p.p.* non possa purtroppo essere segnalata «per la robustezza dell'apparato cognitivo e per un'elevata considerazione dei diritti difensivi»; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza*, cit., p. 93, secondo cui «ci sono dei magistrati di sorveglianza di grande sensibilità e disposti a un impegno personale anche ampiamente gravoso e altri che, purtroppo, interpretano in modo più burocratico il loro ufficio». Cfr. anche A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., p. 75; M. MONTAGNA, *I confini*, cit., p. 133 ss.; L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative*, cit., p. 1413 ss.