

QUESITI

MARTA BERTOLINO

Reato, infermità di mente, pericolosità sociale: una triade oscura

Legislatore, giurisprudenza di merito e di legittimità, Corte costituzionale sono stati in questi ultimi anni gli artefici dei progressi che si sono realizzati nel percorso di adeguamento di una disciplina fortemente ancorata a ideologie, a concezioni della malattia mentale ormai ampiamente superate. Grazie all'instaurarsi di un proficuo confronto fra teoria e prassi, la questione delle prognosi di pericolosità sociale di colui che è stato riconosciuto totalmente o parzialmente inimputabile per infermità di mente ha aperto un dibattito tuttora in corso. Il tema delle prognosi di pericolosità sociale dell'infermo di mente, come quello comunque di tutte le prognosi di pericolosità, continua infatti a presentarsi come una questione complessa e controversa, dato il basso coefficiente di affidabilità che caratterizza il giudizio prognostico. Reato, infermità mentale e pericolosità sociale costituiscono dunque una triade oscura che pone all'interprete una serie di interrogativi, sintetizzabili nei seguenti termini: rappresenta il reato presupposto un elemento sul quale fare affidamento per un giudizio di probabile recidiva, che non si fondi su incontrollate e incontrollabili intuizioni (funzione garantista del reato commesso)? è il concetto di infermità mentale sufficientemente affidabile da consentire giudizi scientificamente fondati di non imputabilità o di semi-imputabilità e, conseguentemente, tale concetto che ruolo può svolgere ai fini delle prognosi di pericolosità? Sono le prognosi di pericolosità «una vera e propria profezia», già segnate in partenza dalla paura che suscita il reato commesso e che si teme possa essere di nuovo commesso?

Crime, Insanity, Prognoses of social dangerousness, Obscure triad

Legislators, courts of merit and of legitimacy together with Constitutional Court have in recent years been the architects of the progress that has been made in the adjustment of a discipline strongly anchored to ideologies, to conceptions of mental illness now largely outdated. Thanks to the establishment of a fruitful confrontation between theory and practice, the issue of prognoses of social dangerousness of one who has been recognized as totally or partially unaccountable due to insanity has opened a debate that is still ongoing. In fact, the issue of prognoses of social dangerousness of the insane, like that of all prognoses of dangerousness, continues to present itself as a complex and controversial issue, given the low reliability coefficient that characterizes the prognostic judgment. Offense, insanity and social dangerousness thus constitute an obscure triad that poses a series of questions to the interpreter, which can be summarized in the following terms: does the previous crime represent an element on which to rely for a judgment of probable recidivism, which is not based on uncontrolled and uncontrollable intuitions (the guarantee function of the committed crime)? Is the concept of insanity sufficiently reliable to permit scientifically grounded judgments of totally or partially unaccountability due to insanity, and, consequently, what role can that concept play for the purposes of prognoses of dangerousness? Are the prognoses of dangerousness 'a true prophecy', already marked at the outset by the fear that the crime committed and feared might be committed again?

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive su reato presupposto e infermità mentale. - 2. Il terzo ele-

mento della triade: la pericolosità sociale dell'infermo di mente totale o parziale tra pericolosità generica e pericolosità psichiatrica. - 3. Giudizi prognostici di pericolosità sociale. - 4. Verso un nuovo sistema di misure?

1. *Considerazioni introduttive su reato presupposto e infermità mentale.* Legislatore, giurisprudenza di merito e di legittimità, Corte costituzionale sono stati in questi ultimi anni gli artefici dei progressi che si sono realizzati nel percorso di adeguamento di una disciplina fortemente ancorata a ideologie, a concezioni della malattia mentale ormai ampiamente superate. Grazie all'instaurarsi di un proficuo confronto fra teoria e prassi, la questione delle prognosi di pericolosità sociale di colui che è stato riconosciuto totalmente o parzialmente inimputabile per infermità di mente ha aperto un dibattito tuttora in corso. Da esso è emersa la complessità della questione, con soluzioni spesso diverse e contrastanti. Peraltro, non mancano alcuni punti fermi, che segnano un percorso lungo il quale anche una futura riforma dovrebbe incamminarsi.

In primo luogo si registra una certa unanimità sulla necessità di abbandonare l'attuale sistema sanzionatorio del doppio binario, che - come è noto - in caso di condanna consente di cumulare pena e misura di sicurezza; in secondo luogo, pochi dubbi permangono sulla necessità di 'liberarsi' della nozione di pericolosità generica accolta dal legislatore del 1930 nell'art. 203 del codice Rocco; terzo, si va ormai affermando l'idea che anche per i soggetti imputabili, ma con disturbi psichici tali da non assurgere al grado di infermità mentale totale o parziale, sia un imperativo costituzionale quello di garantire la salute mentale, arricchendo di contenuti psicoterapeutici l'esecuzione della pena; infine, è un principio ormai fatto proprio anche dal legislatore quello della *extrema ratio* delle misure di sicurezza detentive.

Tuttavia, al netto di queste certezze, il tema delle prognosi di pericolosità sociale dell'infermo di mente, come quello comunque di tutte le prognosi di pericolosità¹, continua a presentarsi come una questione complessa e controversa, dato il basso coefficiente di affidabilità che caratterizza il giudizio prognostico. Esso, infatti, non solo ha una struttura probabilistica, ma

¹ Sulle prognosi di pericolosità sociale della estesa letteratura si richiama quella più recente e pertinente all'economia del presente lavoro.

quest'ultima è condizionata da una forte incertezza scientifica dei criteri di giudizio, al punto che anziché di probabilità sarebbe più realistico parlare di possibilità di futuri reati. Non per niente la dottrina riconosce ormai apertamente che si tratta di un giudizio, quello prognostico di pericolosità, «problematico sotto l'aspetto epistemologico: non si esaurisce in un accertamento di fatti avvenuti, i criteri della prognosi scontano le difficoltà, le incertezze ed i limiti delle scienze dell'uomo (psicologia, psichiatria, sociologia, criminologia)»².

Ancora più problematico diventa il giudizio prognostico quando si deve tenere conto anche dello stato mentale del reo. Reato, infermità mentale e pericolosità sociale costituiscono infatti una triade oscura che pone all'interprete una serie di interrogativi, sintetizzabili nei seguenti termini: rappresenta il reato presupposto un elemento sul quale fare affidamento per un giudizio di probabile recidiva, che non si fonda su incontrollate e incontrollabili intuizioni (funzione garantista del reato commesso)? È il concetto di infermità mentale sufficientemente affidabile da consentire giudizi scientificamente fondati di non imputabilità o di semi-imputabilità e, conseguentemente, tale concetto che ruolo può svolgere ai fini delle prognosi di pericolosità? Sono le prognosi di pericolosità «una vera e propria profezia»³, già segnate in partenza dalla paura che suscita il reato commesso e che si teme possa essere di nuovo commesso? Si tratta dunque di una pericolosità del senso comune come placebo con cui sedare le ondate di ansia securitaria della società civile?⁴

Alla ricerca di risposte, il percorso da seguire sembra lineare: lo traccia la legge secondo uno schema che va dal fatto di reato nella sua oggettività (art. 25 Cost.) al soggetto in quanto infermo di mente (artt. 85, 88, 89 c.p.), alla pro-

² PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2023, 432

³ PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 78; v. anche ID, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini-Stortoni, Bologna 2013, 117 ss.; MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 78 s.; SCHIAFFO, *O.P.G. e misure di sicurezza: le ipotesi per una riforma di sistema alternativa ad un superamento radicale*, in *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di Moccia-Cavaliere, Napoli, 2023, 283 ss., spec. 289 ss.

⁴ GIUNTA, *Verso una nuova pericolosità sociale (perennemente in cerca d'autore)*, in *Pericolosità e giustizia penale*, cit., 80 ss., il quale osserva come la categoria della pericolosità sviluppi «l'aspirazione securitaria del diritto penale rinunciando non solo al presidio della colpevolezza, ma anche a quello dell'offesa».

gnosi di pericolosità sociale (art. 203 c.p.) e alle sanzioni ad essa collegate (art. 199 e seguenti c.p.)

Tuttavia, la rete normativa non è in grado di aiutare l'interprete. Essa risulta scarna e laconica. Sul fronte delle prove, occorre rifarsi all'art. 187 c.p.p., da cui sembra potersi cogliere una sorta di graduazione dell'importanza dell'oggetto delle prove e dunque degli apporti conoscitivi. Per l'art. 187 le prove devono essere funzionali all'accertamento dei fatti secondo un ordine precostituito: dal fatto tipico (l'imputazione) alla presenza di situazioni di non punibilità fino alla determinazione delle conseguenze sanzionatorie. E così l'art. 189 c.p.p. che ammette le prove atipiche se esse risultano funzionali, idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti. Al fatto rinvia anche l'art. 194 c.p.p. a proposito della testimonianza, che deve vertere sugli elementi oggettivi e soggettivi del fatto-reato contestato all'imputato e solo eccezionalmente su fatti specifici, idonei a qualificare la personalità di quest'ultimo in relazione al reato e alla pericolosità. Eccezionalità confermata dall'art. 220 c.p.p. che vieta la perizia criminologica e psicologica, se non per accertare qualità personali, in particolare psichiche, dipendenti da cause patologiche e quando sia necessaria a consentire scelte ponderate ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza⁵.

Sul fronte sostanziale, il codice Rocco - come è noto - se per un verso offre una definizione di pericolosità del tutto generica e dunque indeterminata (art. 203), per altro verso dell'infermità mentale ai fini dell'esclusione o diminuzione della capacità di intendere e di volere non dà nemmeno la definizione. Quanto poi ai parametri di accertamento, se per quest'ultima, trattandosi di elemento che richiede specifiche conoscenze scientifiche, rimanda alla perizia psichiatrico-forense, quando si tratta della pericolosità sociale i parametri sono quelli normativi dell'art. 133. Anche alla luce di queste disposizioni non si può non concordare con chi rileva che le prognosi di pericolosità sociale non a brevissimo termine, anche quando si tratti di soggetto infermo di mente, sono di fatto basate sul mero intuito⁶, che la scienza non aiuta a superare.

Se così stanno le cose, le prognosi di pericolosità sociale si appalesano in con-

⁵ Cfr. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 71 s.

⁶ V. *infra*, nt. 69.

trasto con il principio di legalità sotto il profilo della verificabilità empirica degli istituti normativi, delle categorie dommatiche su cui si fonda la responsabilità penale, così come impone il principio di determinatezza e quello del vincolo di realtà. A riconoscerlo proprio a proposito delle prognosi di pericolosità sociale è la stessa Corte costituzionale⁷, che a riguardo dei soggetti “proclivi a delinquere”, quale presupposto da accertare ai fini dell’applicazione di una misura di prevenzione personale, afferma la necessità di garanzie «di serietà probatoria». Conseguentemente, anche la prognosi di pericolosità «non può che poggiare su presupposti di fatto previsti dalla legge e, perciò, passibili di accertamento giudiziale»⁸. Cosa che la Consulta ritiene di escludere con riferimento all’espressione “proclivi a delinquere”, poiché si tratta di un concetto che si sottrae a qualsiasi accertamento. Per i giudici, infatti, la formula legale, che – come nel caso di specie – «non svolge ... la funzione di una autentica fattispecie di individuazione, cioè, dei “casi”, ... offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità», a cui nemmeno con l’aiuto della scienza è possibile rimediare. Infatti, la scienza competente dovrebbe fungere da limite esterno della nozione di pericolosità, come di quella di infermità di mente. Nel senso che il sapere scientifico dovrebbe contribuire a fondare i giudizi di fatto alla base della scelta legislativa nella individuazione degli indici di pericolosità e di infermità. Ma è ormai noto che in questo caso la scienza non è in grado di svolgere tale compito. Ciò comporta il rischio di norme che non «disciplinano fatti e comportamenti del mondo reale»⁹, ciò in contrasto con «il paradigma cognitivo, ... tipico del garantismo penale, (che) si esplica nell’accertamento degli elementi costitutivi di un *fatto* di reato, avvenuto nel *passato* e che costituisce l’oggetto principale dell’accertamento processuale, dal quale dipende l’affermazione della responsabilità oltre “l’ogni ragionevole

⁷ Corte cost., 22 dicembre 1980 n. 177.

⁸ Negli stessi termini, v. Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 419, che sottolinea come, quando si tratta di fattispecie di pericolosità, «l’accento cade sul sufficiente o insufficiente grado di determinatezza della descrizione legislativa ..., descrizione che “permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all’avvenire”».

⁹ Come afferma PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 101 ss: «la certezza, e quindi la legittimità del precetto penale, dipende (anche) dalla sua capacità di cogliere fatti del mondo reale, accessibili alla conoscenza razionale e alla verifica empirica».

dubbio»¹⁰. Non così per le fattispecie che, come quella della pericolosità sociale, si fondano su giudizi prognostici di comportamenti futuri, che «(s)embrano ... rimanere fuori dal paradigma cognitivo garantista»¹¹.

Se questo è il panorama, occorre rivalizzare il ruolo del primo elemento della triade oscura: il reato commesso. Proprio le incertezze che accompagnano le prognosi di pericolosità confermano, in effetti, la necessità di riconoscere il ruolo centrale garantistico che il reato presupposto svolge. Lo riconosce lo stesso legislatore, quando con la legge di conversione del 30 maggio 2014, n. 81 del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, prevede all'art. 1, co. 1 *quater* che tutte le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, comprese le REMS¹², «non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima», questo limite è escluso «per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

Ma la funzione garantista del reato presupposto, sia ai fini dell'*an* che del *quomodo* della responsabilità penale, ha trovato un importante riconoscimento anche ad opera della giurisprudenza. Da esso dipende infatti l'accertamento dell'infermità mentale quale causa di esclusione o diminuzione dell'imputabilità, poiché l'infermità può rilevare penalmente ai fini degli artt. 85, 88, 89 c.p. solo se sussiste anche un nesso eziologico fra la patologia psichica e il reato commesso. A sancirlo sono le Sezioni unite della Cassazione nel 2005 con la sentenza Raso: «è, infine, necessario che tra il disturbo mentale ed il fatto di reato sussista un nesso eziologico, che consenta di ritenere il secondo causalmente determinato dal primo. ... L'esame e l'accertamento di tale nesso eziologico si appalesa, poi, necessario al fine di deliberare non solo la sussistenza del disturbo mentale, ma le stesse reali componenti connotanti il fatto di reato, sotto il profilo psico-soggettivo del suo autore, attraverso un approccio non astratto ed ipotetico, ma reale ed individualizzato, in specifico riferimento, quindi, alla stessa sfera di possibile, o

¹⁰ ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive d'indagine nel sistema penale integrato*, Napoli, 2020, 150, ricordando il pensiero di FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 6 a proposito del paradigma classico del garantismo penale.

¹¹ *Ibid.*

¹² Come noto, si tratta delle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza che hanno sostituito l'ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) in seguito alla riforma di cui all'art. 3 *ter* d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito nella L. 7 febbraio 2012, n. 9, per il definitivo superamento degli OPG.

meno, autodeterminazione della persona cui quello specifico fatto di reato medesimo si addebita e si rimprovera; e consente, quindi, al giudice – cui solo spetta il definitivo giudizio al riguardo – di compiutamente accertare se quel rimprovero possa esser mosso per quello specifico fatto, se, quindi, questo trovi, in effetti, la sua genesi e la sua motivazione nel disturbo mentale (anche per la sua, eventuale, possibile incidenza solo “settoriale”), che in tal guisa assurge ad elemento condizionante della condotta: il tutto in un’ottica, concreta e personalizzata, di rispetto della esigenza generalpreventiva, da un lato, di quella individualgarantista, dall’altro»¹³.

Una funzione garantista del fatto di reato che la giurisprudenza non esita a riconoscere anche nella prospettiva della misura di sicurezza in questi termini: «La misura di sicurezza, a differenza della pena (che ha finalità anche retributive e general-preventive), si connota per la sua precipua funzione specialpreventiva, volta ad evitare il riacutizzarsi delle spinte a delinquere del soggetto socialmente pericoloso, nel quadro della sua rieducazione risocializzante e, nei congrui casi, della sua cura. La necessità del riscontro del presupposto oggettivo esclude l'eventualità di impieghi arbitrari della misura di sicurezza, esigendo il previo accertamento della condotta offensiva compiuta dall'agente, essendo da escludere che essa (efficacemente qualificata come misura di prevenzione post delictum) costituisca l'esito di atti della giurisdizione assunti in senso meramente terapeutico e risocializzante, ossia senza il previo accertamento della commissione di un reato o di un fatto ad esso normativamente equiparato»¹⁴.

Inevitabili le conseguenze sulla nozione di pericolosità sociale praticabile se-

¹³ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, la Corte, dunque, individua un irrinunciabile requisito «nella necessità della sussistenza di una correlazione diretta tra il disturbo psichico e l'azione delittuosa posta in essere dal soggetto agente, e quindi tra abnormità psichica effettivamente riscontrata e determinismo dell'azione delittuosa». Requisito, questo, come ricordano ancora le Sezioni unite, già individuato dalla giurisprudenza precedente e ribadito dalla dottrina «che giunge ad attribuire “rilevanza alle caratteristiche cliniche del soggetto psicopatico che determinano disarmonie nella personalità e sono capaci di alterare il meccanismo delle spinte e delle contropinte all'azione”: il nesso di interdipendenza fra reato e disturbo mentale consente di “ricercare nella vicenda storica quali spinte interne abbiano condotto alla realizzazione del delitto e portato il giudice ad indagare in concreto l'intensità della pressione esercitata dalla situazione di stimolo”». Conf., da ultimo, Cass., Sez. V, 22 settembre 2021, n. 35044, in *Riv. it. dir. med. leg.*, 2021, 1156 ss., con nota redazionale di SBARRO.

¹⁴ Cass., Sez. I, 16 maggio 2017, n. 50458, Rv. 271549.

condo il paradigma garantista. La nuova prospettiva dalla quale guardare al passato, al reato commesso riverbera i suoi effetti anche nel futuro, sul giudizio prognostico, nel senso di un superamento della nozione di pericolosità sociale generica di cui all'art. 203 c.p. a favore di una nozione specifica di pericolosità sociale. Una rivalutazione garantista, questa, del fatto di reato che può aiutare a compensare il deficit di determinatezza che accompagna il concetto di pericolosità sociale. Con la conseguenza che, nel passato, il fatto di reato non è più una mera occasione di valutazione di sintomi di pericolosità, ma diventa il fatto quale elemento costitutivo della fattispecie complessa di pericolosità comprensiva di elementi oggettivi e soggettivi. Nel futuro, il reato presupposto diventa anche parametro lungo il quale orientare la prognosi di ricaduta, nel senso di probabilità di commissione di fatti omologhi.

Tuttavia, il riconoscimento della centralità di ruolo del reato presupposto può comportare anche degli esiti negativi. Non si può infatti negare una maggiore propensione a formulare prognosi positive di pericolosità quanto più il fatto è grave ovvero ad ipotizzare una anomalia psichica quanto più il fatto è singolare, imprevedibile, inspiegabile, *abnorme*. A non assecondare una simile propensione sollecita la stessa Cassazione, «non potendo ricondursi al solo dato dell'efferatezza del reato la necessità - a prescindere - di accertamento psichiatrico, che si giustifica per contro solo alla luce di dati oggettivi accreditanti la malattia». Non solo, ma i giudici ricordano anche che è «stato molto efficacemente sottolineato che l'equazione reato molto grave = disturbo mentale non è istituibile perché frutto di stereotipo preconcelto»¹⁵.

E veniamo così al secondo elemento della triade: l'infermità mentale quale causa di esclusione o diminuzione della imputabilità *ex artt. 88 e 89 c.p.*

Poco rimane della nozione di infermità che caratterizzava il codice Rocco del 1930 al tempo della sua entrata in vigore, nei termini di una vera e propria malattia mentale in senso stretto, tale cioè da ricomprendere i soli disturbi psichici la cui origine fosse da ricondurre ad una causa di tipo organico¹⁶. In-

¹⁵ Cass., Sez. I, 3 maggio 2011, n. 33070.

¹⁶ In proposito si rinvia a BERTOLINO, *L'imputabilità secondo il codice penale. Dal codice Rocco alla legge delega del 2017: paradigmi, giurisprudenza, Commissioni a confronto*, in www.sistemapenale.it, 25 febbraio 2020; ID, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, *passim*; ID, *La crisi del concetto di imputabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 190 ss.

fatti, come si legge nei lavori preparatori, il vizio di mente era da intendersi «come conseguenza d’infermità fisica o psichica clinicamente accertata»¹⁷, rappresentando così una «forma patologicamente e clinicamente accertabile di infermità»¹⁸, come la scienza medica del tempo insegnava¹⁹.

Come è noto, tale concetto ha subito una vera e propria metamorfosi, passando dalla nozione organicistica sopra descritta a una psicologica²⁰ fino a quella integrata²¹. Un processo di trasformazione realizzato dalla giurisprudenza che con le Sezioni unite del 2005, la già ricordata sentenza Raso, consolida definitivamente l’orientamento a favore di un concetto allargato di infermità fino a ricomprendere anche i disturbi di personalità²². Il Supremo collegio fissa però la condizione, sopra richiamata, della sussistenza del nesso eziologico fra reato e infermità, accanto a quella della intensità e gravità del disturbo tali da incidere sulla capacità di intendere e di volere. Con la conseguenza che nella nozione di infermità di cui agli artt. 88 e 89 possono rientrare anche infermità momentanee, transitorie purché soddisfino queste due condizioni.

Peraltro, se questo processo di dilatazione dei confini dell’infermità mentale risponde alle esigenze sottese al principio di colpevolezza e a quello di sanzioni personalizzate, individualizzate, orientate cioè al recupero della persona

¹⁷ *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale*, Roma, 1929, vol. V, 143.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ A partire dalla seconda metà del XIX secolo l’obiettivo primario dell’indagine clinica è in patologia mentale quello di costituire quadri clinici ben caratterizzati, sia nei loro tratti nosologici che nel loro andamento evolutivo e di risalire per ognuno di essi al processo morboso dell’organismo, cfr. SALOMONE-ARNONE, *La nosografia psichiatrica italiana prima di Kraepelin*, in *Gior. it. Psicopatologia*, 2009, 15, 75.

²⁰ Tale cioè da qualificare come infermità mentali in grado di escludere l’imputabilità anche disturbi psichici, dei quali si riconosce il carattere patologico o morboso, nonostante la natura transitoria di essi ovvero nonostante risultino non inquadrabili nosograficamente o, ancora, non ben definibili clinicamente.

²¹ Cfr. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163, cit.: come riconosce la Corte, nella scienza psichiatrica attuale sono presenti orientamenti che affermano un «modello integrato» della malattia mentale, in grado di spiegare il disturbo psichico sulla base di diverse ipotesi esplicative della sua natura e della sua origine». Questo modello, prosegue la Cassazione, offre «una visione integrata, che tenga conto di tutte le variabili, biologiche, psicologiche, sociali, relazionali, che entrano in gioco nel determinismo della malattia, in tal guisa superandosi la visione eziologica monocausale della malattia mentale, pervenendosi ad una concezione “multifattoriale integrata”».

²² Cfr., da ultimo, CARABELLESE-PARENTE-LOSAPPIO, *Della diagnosi in psichiatria forense*, in *Riv. it. med. leg.*, 2023, 1, 60.

che ha commesso un reato, questo processo ha reso ancora più problematiche le prognosi di pericolosità, che ora non possono più fare affidamento su sicuri e stabili stati di conclamata alterazione patologica della mente. Ne deriva che – come rileva recente dottrina esperta – «la realtà psicopatologica in cui nel tempo sempre più frequentemente ci sembra di imbatterci nella pratica di esperti tecnici delle Corti, appare viepiù complessa nella sua delimitazione nosografica, spesso composita, variegata, certamente multifattoriale e al tempo stesso parca di informazioni, di rilievi, difficile nella ricostruzione delle derivabili patogenetiche delle condotte»²³.

Dello stretto rapporto fra vizio di mente (nel caso di specie parziale) e pericolosità sociale è ben consapevole la Corte costituzionale²⁴, quando a proposito della recidiva reiterata, invocando prima di tutto il principio di proporzionalità alla luce degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., afferma l'assoluta e incondizionata esigenza che «al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto». Conseguentemente, dichiara la incostituzionalità dell'art. 69, co. 4 c.p., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante dell'art. 89 c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. La Consulta stigmatizza l'idea, fatta propria dal legislatore, che la recidiva, in quanto sintomo di persona pericolosa, possa rappresentare un indicatore di maggior colpevolezza del reo che prevale sulla semi-infermità mentale, indice invece di minor colpevolezza del reo. Non tenere conto di ciò significa riconoscere una capacità criminale e un grado di colpevolezza di rilevante intensità proprio nei confronti di un autore di reato, del quale parimenti si ammette il minor grado di discernimento del disvalore della condotta e la parziale incapacità di governare le proprie azioni «in ragione delle patologie o disturbi che lo affliggono». Al contrario, osserva la Corte costituzionale, la funzione di circostanza attenuante del vizio parziale di mente non può essere neutralizzata, poiché essa «mira ad adeguare il *quantum* del trattamento sanzionatorio alla significativa riduzione della rimproverabilità soggettiva dell'agente».

²³ *Ibid.*

²⁴ Corte cost., 24 aprile 2020, n.73. Sulla sentenza, v. LAZZERI, *La rimproverabilità soggettiva come vincolo di proporzionalità della pena in una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'art. 69 c.4 (in relazione alla semiinfermità mentale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1104 ss.

Anche questa decisione rispecchia quel cambiamento culturale di approccio alla malattia mentale, che una di poco precedente sentenza della Consulta ammette. A proposito dell'art. 148 c.p., che disciplina l'ipotesi dell'infermità psichica sopravvenuta al condannato, la Corte costituzionale osserva che tale articolo «riflette un approccio alla malattia mentale tipico dell'epoca in cui fu scritto, basato sull'internamento», e che, pur non essendo mai stato formalmente abrogato, «tutti gli istituti a cui ess(o) rinvia sono scomparsi in virtù di riforme legislative che riflettono un cambiamento di paradigma culturale e scientifico nel trattamento della salute mentale. Che può riassumersi nel passaggio dalla mera custodia alla terapia»²⁵.

2. Il terzo elemento della triade: la pericolosità sociale dell'infermo di mente totale o parziale tra pericolosità generica e pericolosità psichiatrica. Il passaggio dal paradigma custodiale, del controllo, della difesa sociale a quello terapeutico, della cura, del trattamento, in particolare per i folli-rei evidenzia la problematicità del terzo elemento, presupposto di applicazione della misura di sicurezza: la pericolosità sociale. Questa categoria - come è noto - non solo manca di determinatezza, data la scarsa affidabilità scientifica dei giudizi prognostici, ma neppure rinvia ad un concetto univoco. Infatti, diverse sono le possibili forme di pericolosità sociale: da quella generica a quella specifica; dalla pericolosità sociale latente a quella psichiatrica. Se le prime tre sono più di natura giuridico-penale, l'ultima è sicuramente psichiatrico-forense.

Il codice Rocco è rimasto fedele alla pericolosità sociale generica (art. 203),

²⁵ Corte cost., 19 aprile 2019, n. 99. Gli istituti a cui fa riferimento la Corte sono la misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e quella della casa di cura e di custodia, che in ragione del nuovo assetto normativo non avrebbero potuto più essere applicati a un detenuto affetto da infermità psichica sopravvenuta, così come previsto dall'art. 148. Con la conseguenza di un sistema che non offrirebbe forme di esecuzione della pena alternative alla detenzione in carcere. La questione di legittimità costituzionale riguardava infatti l'art. 47-ter, co. 1-ter L. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede l'applicazione della detenzione domiciliare "in deroga" anche nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, 32 e 117, co. 1 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U.), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848. La Consulta accoglie l'eccezione e dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, co. 1-ter; nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter.

che a giudizio della manualistica meno recente²⁶ «ha accolto giustamente». Ma non poteva essere diversamente, se si considera che a studiosi come Garofalo un noto manuale di Diritto penale attribuisce «il merito di aver posto in luce, per primo, il grande valore della pericolosità ai fini della lotta contro il delitto, valore che, riconosciuto oggi generalmente dai criminalisti di ogni nazionalità, sta alla base dell'intensa fioritura di riforme che negli ultimi decenni si è verificata e si sta verificando in tutti i paesi civili»²⁷. Questo orientamento è peraltro smentito da quella dottrina esperta che già nel 1949 auspica che si «abbia ... il coraggio della coerenza e si cancelli questo concetto di pericolosità da un Codice che riposa, come un fulcro, sull'ammissione della libertà», dato che chi «parla di pericolosità dimostra di non avere un concetto chiaro dell'azione volontaria»²⁸. Con la conseguenza di ritenere che, «se la pericolosità viene intesa nel senso di previsione di azione che trova il suo fondamento in una anomalia della persona (psicopatia, o nevrosi) o anche in una semplice reazione abnorme a determinate condizioni, allora la diagnosi pericolosità non può dar luogo che ad un intervento di carattere puramente amministrativo, ossia a misure di prevenzione o di cura che sono fondamentalmente di competenza psichiatrica o che comunque rientrano nelle disposizioni di difesa sociale, e non mai possono costituire motivo di valutazione agli effetti di colpire con la pena»²⁹.

In sintonia con queste affermazioni si pone la dottrina più moderna, che riconosce che quello «di "pericolosità" è in sé concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e perciò virtualmente polifunzionale, onde si comprende come la sua utilizzazione nel diritto penale sia abbastanza risalente nel tempo. Quale nozione nella sostanza vicina a quella del senso comune, la pericolosità si presta infatti a fungere da comoda etichetta che canalizza un bisogno emotivo di assicurazione nei confronti di gruppi di persone percepite di volta in volta come socialmente minacciose ...»³⁰.

²⁶ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, vol. III, 248.

²⁷ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*¹⁶, Milano, 2003, 655.

²⁸ GEMELLI, *Osservazioni di carattere criminologico*, in *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare di codice penale, Libro I" - Luglio 1949*, Milano, 1950, 52.

²⁹ GEMELLI, *Osservazioni di carattere criminologico*, cit., 52.

³⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 875. Come osserva da ultimo DOMINI, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4,

Le poche aperture a favore di una nozione particolarmente qualificata di pericolosità sociale, c.d. pericolosità sociale specifica, si rintracciano in primo luogo nel sistema della giustizia penale minorile. L'art. 37 DPR 22 settembre 1988, n. 448, che disciplina il processo penale a carico di soggetti minori di età, stabilisce, infatti, che per l'applicazione di una misura di sicurezza è necessario verificare che «per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che questi commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata»³¹. E nella disciplina codicistica all'art. 211-*bis*, «Rinvio dell'esecuzione delle misure di sicurezza»³², che, nell'estendere la disciplina degli artt. 146 e 147 c.p. anche alle misure di sicurezza (co. 1), consente comunque il ricovero in una casa di cura o in altro luogo di cura adeguato alle esigenze della persona, solo nel caso in cui «la misura di sicurezza deve essere eseguita nei confronti dell'autore di un delitto consumato o tentato commesso

1313, uno degli aspetti fondanti che nel corso dell'evoluzione del codice in età repubblicana sono stati abbandonati è «l'impronta da diritto penale del nemico presente nella disciplina delle misure di sicurezza originarie (presunzioni di pericolosità, ampio uso del manicomio giudiziario, della colonia agricola, della casa di lavoro)». Sugli sviluppi moderni del diritto penale del nemico, che utilizza strategie differenziate e più repressive nei confronti di determinate tipologie d'autore in considerazione di una loro presunta maggior pericolosità sociale, v., fra gli altri. MAZZA, *Ideologie della riforma Cartabia: la Procedura penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, 481 ss.; ORLANDI, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, *ivi*, 2020, 715 ss.; PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, *ivi*, 701 ss.; MASERA, *Il diritto penale "dei nemici" - La disciplina in materia di immigrazione irregolare*, *ivi*, 805 ss.; MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, *passim*, spec. 113 ss.; ANASTASIA-ANSELMI-FALCINELLI, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano, 2020, *passim*; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, *passim*; FIANDACA, *Nulla di nuovo sotto il sole (o buio) penalistico: Manzini precursore di Jakobs nella teorizzazione di un "diritto penale del nemico"?*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero-Viganò-Basile, Milano, 2018, 37 ss.; nella dottrina meno recente, cfr. *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di Donini-Papa, Milano, 2007; *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini-Orlandi, Bologna, 2007. Questa politica criminale della sicurezza illiberale ha incontrato una puntuale critica in particolare in una sentenza della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'incostituzionalità della aggravante comune dell'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovava illegalmente nel territorio nazionale (art. 61, co. 11-*bis* c.p.), v. Corte cost., 5 luglio 2010, n. 249.

³¹ Ma già nell'art. 224 c.p. sembra potersi cogliere una accezione della pericolosità sociale del minore meno generica, facendo la norma riferimento alle condizioni morali della famiglia e alla gravità del reato commesso, un delitto, ai fini della prognosi di recidiva.

³² La disposizione è stata introdotta dalla L. 12 luglio 1999, n. 231 e completata da un co. 2 con la L. 8 marzo 2001, n. 40.

con violenza contro le persone ovvero con l'uso di armi e vi sia concreto pericolo che il soggetto commetta nuovamente uno dei delitti indicati» (co. 2). Una novità importante quest'ultima, perché introduce anche per gli adulti una valutazione in forma specifica della pericolosità, valutazione che prima dell'introduzione dell'articolo 211-*bis* risultava sconosciuta al codice Rocco³³. Al di là di questi e di altri sporadici interventi del legislatore, di cui si dirà, si deve alla Corte costituzionale l'opera di progressivo adeguamento della normativa in tema di pericolosità sociale generica quale presupposto di applicazione della misura di sicurezza alle istanze garantistiche dettate dalla Costituzione. Conosciute sono le pronunce del Giudice delle leggi in materia di presunzioni di pericolosità, che la Consulta espunge dall'ordinamento con alcune decisioni relative a specifiche fattispecie presuntive, che non subordinavano il provvedimento del ricovero in ospedale psichiatrico o in casa di cura e di custodia al previo accertamento da parte del giudice della pericolosità sociale dell'imputato³⁴. Queste pronunce aprono la strada al definitivo superamento della pericolosità presunta in generale con l'abrogazione dell'art. 204 c.p. da parte del legislatore³⁵.

Altrettanto note sono le decisioni della Corte costituzionale che abbattano il muro degli automatismi della misura di sicurezza detentiva dell'ospedale psichiatrico giudiziario³⁶ e della casa di cura e di custodia³⁷. In particolare, con

³³ Peraltro, con la L. 1° ottobre 2012, n. 172 nell'art. 609-*nonies*, co. 3 c.p. sono state introdotte anche tre nuove misure di sicurezza personali, speciali, poiché esse sono applicabili solo in caso di condanna per taluna delle fattispecie di reato tassativamente indicate nel comma stesso. Una parte della dottrina ritiene, però, che si tratti piuttosto di ipotesi speciali della misura di sicurezza della libertà vigilata. Merita di essere ricordato anche l'art. 274 del codice di procedura penale, che fra le esigenze cautelari che legittimano l'emissione di una misura cautelare, alla lett. c), co. 1, prevede quella della sussistenza di un pericolo concreto e attuale che l'imputato commetta i gravi reati in tale articolo elencati.

³⁴ V. Corte cost., 20 gennaio 1971, n.1 per la presunzione di pericolosità del minore infraquattordicenne; Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139 e 28 luglio 1983, n. 249, per la presunzione relativa all'infermo e seminfermo di mente ai fini rispettivamente dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della casa di cura e di custodia. Ma v., anche, già Corte cost., 23 aprile 1974, n. 110, che ha affermato il principio di diritto secondo il quale la pericolosità sociale deve essere accertata in concreto in sede di esecuzione per verificarne la persistenza ai fini della revoca della misura di sicurezza anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge, art. 207, co. 2 c.p.

³⁵ V. art. 31, L. 10 ottobre 1986, n. 663, che al co. 2 stabilisce che: «Tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui che ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

³⁶ V. Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253; Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367.

³⁷ Corte cost., 9 luglio 2009, n. 208.

riferimento a quest'ultima misura la Consulta riconosce apertamente che «risulta ormai presente nella disciplina delle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica ... si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporanee esigenze di cura e tutela della persona e di controllo della sua pericolosità sociale»³⁸. Il non rispettare queste esigenze, come già aveva rilevato la Consulta in relazione all'automatismo della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario³⁹, comporta la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute. La pericolosità sociale, superato il rigido automatismo dell'ospedale psichiatrico giudiziario, non è perciò più sola probabilità, ma diventa «un concetto graduabile, potendo il rischio di recidiva essere più o meno elevato a seconda dei fattori predisponenti alla commissione del reato»,⁴⁰ fino a giustificare anche l'applicazione di una misura di sicurezza non detentiva in sostituzione di una detentiva.

Nel panorama penalistico è tuttavia rintracciabile anche un'ulteriore nozione di pericolosità sociale: quella latente, che è stata oggetto di particolare attenzione, sia da parte della teoria che della prassi. Quanto alla prima, la dottrina ha dibattuto se la riforma del 2014 avesse significato una ridefinizione della pericolosità sociale ad opera dell'art. 1 della legge n. 81, condizionando i giudizi di pericolosità più al contesto esterno che alle situazioni personali del soggetto. Tale disposizione, in effetti, non solo fissa il principio della *extrema ratio* della misura di sicurezza detentiva, ma stabilisce anche che l'accertamento della pericolosità è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tener conto delle condizioni di emarginazione sociale, cioè di fattori c.d. esogeni dipendenti da situazioni individuali, familiari, sociali (art. 133, co. 2 n. 4) e della mancanza di programmi terapeutici individuali. Nell'immediatezza della riforma, una parte della dottrina ha ritenuto che i

³⁸ Conseguentemente, dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 219, sollevata con riferimento all'automatismo della misura detentiva della casa di cura e di custodia che non consente al giudice di optare per la libertà vigilata a contenuto terapeutico.

³⁹ Corte cost. 253/2003, cit. Sulla sentenza v. anche *infra*, par. 3

⁴⁰ PELISSERO, sub *Art. 203*, in *Codice penale commentato*, diretto da Dolcini-Gatta, Milano, 2021, 2610 s.

criteri dell'art. 1 avessero portato ad una riconcettualizzazione della pericolosità sociale, tale per cui la diagnosi di pericolosità dovesse basarsi solo su indicatori strettamente relativi alla persona, i c.d. fattori interni o endogeni, con esclusione di quelli c.d. esterni o esogeni, relativi cioè al contesto sociale⁴¹, con la conseguenza di una criticabile e artificiosa separazione della persona dal contesto nel quale essa è inserita. A riguardo si è parlato criticamente di una anacronistica pericolosità sociale decontestualizzata⁴². Infatti, come da subito rileva la dottrina, a «fronte della faticosa affermazione della pericolosità sociale intesa in un'accezione "situazionale", che, lungi dall'arrestarsi a considerare il soggetto come monade individuale, lo inserisca nell'ambiente di riferimento, la restrizione della base del giudizio attuata per via legislativa invertirebbe la virtuosa tendenza volta a valorizzare, accanto al profilo psicologico e psichiatrico dell'infermo, il contesto sociale e familiare nel quale lo stesso si trova inserito e dal quale è inevitabilmente condizionato»⁴³.

Se, dunque, la «riforma si esprime a favore di una pericolosità decontestualizzata» - conclude la dottrina - l'intervento del 2014 introduce un'irragionevole delimitazione della base del giudizio prognostico, poiché presenta «profili di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 3 Cost.». Per superare ciò, secondo questa dottrina, si sarebbe dovuto interpretare restrittivamente la nuova disciplina, nel senso che un giudizio positivo di pericolosità sociale non avrebbe potuto fondarsi sui fattori esterni. Questi ultimi, invece, avrebbero potuto costituire parametri favorevoli al reo e cioè di esclusione del rischio di recidiva⁴⁴.

A fare chiarezza è la Consulta⁴⁵, che scioglie così qualsiasi dubbio di incostitu-

⁴¹ Cfr., in proposito, PUGIOTTO, *La giurisprudenza difensiva in materia di opg a giudizio della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015, 4.

⁴² PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8, 924, il quale rileva che la riforma attuata dalla L. 81/2014 «interviene in direzione opposta rispetto alla valorizzazione della pericolosità sociale situazionale». Infatti, ritiene l'A. che la «pericolosità sociale va ... accertata decontestualizzando l'autore del reato dall'ambiente e dai fattori esterni interagenti con la sua personalità».

⁴³ 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.*, 2015, 2, 1 ss.

⁴⁴ Così PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., 924 s.

⁴⁵ Corte cost., 23 luglio 2015, n. 186; sulla sentenza, v. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive*, cit., 9 ss.; PELISSERO, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità*

zionalità della norma con una sentenza interpretativa di rigetto⁴⁶. La Corte giustamente ricorda come con la nuova disposizione si sia voluto porre fine alla prassi di «desumere la pericolosità sociale dall'apparente mancanza di adeguate possibilità di cura e sistemazione in stato di libertà». Con la conseguenza di legittimare internamenti per mancanza di sostegno e assistenza familiare o sociale dell'infermo di mente o per l'impossibilità di assicurargli un programma terapeutico. Ebbene, stando alle parole del Giudice costituzionale, la regola dell'art. 1 «non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive». Queste ultime misure estreme, fortemente incidenti sulla libertà personale, devono essere riservate «ai soli casi in cui sono le condizioni mentali della persona a renderle necessarie». Si evidenzia così – osserva la dottrina – «lo stretto collegamento tra giudizio di pericolosità sociale e tipologia di misure previste», che «ha comportato la sanitarizzazione della stessa categoria della pericolosità sociale»⁴⁷.

In conformità all'indirizzo tracciato dalla Consulta, la giurisprudenza parla di un «doppio giudizio prognostico: dapprima in relazione all'*an* circa la pericolosità sociale del reo, ed in seguito sul *quomodo* per contrastarla; nella prima valutazione (il giudice) può tenere conto di tutti i criteri ex 133, 2 comma c.p. riguardanti le qualità soggettive mentre nella seconda gli sono preclusi quelli di cui al medesimo articolo, 2° comma, n. 4) riguardanti la situazione individuale e sociale»⁴⁸.

sociale, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, a cura di Pelissero-Scomparin-Torrente, Napoli, 2022, 141 ss.

⁴⁶ «Basta leggere la disposizione impugnata per comprendere che le frasi sulle quali si appunta la censura non riguardano la pericolosità sociale come categoria generale, ma si riferiscono più specificamente alla pericolosità che legittima il «ricovero in un ospedale psichiatrico o in una casa di cura», Corte cost., 186/2015, cit. La questione era stata sollevata con ordinanza del 16 luglio 2014 dal Tribunale di sorveglianza di Messina, in riferimento agli artt. 1, 2, 3, 4, 25, 27, 29, 30, 31, 32, 34, 77 e 117, co. 1 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 5 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

⁴⁷ PELISSERO, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale*, cit., 150.

⁴⁸ Trib. Pescara, 23 febbraio 2018, n. 663, in *Dejure*; Cass., Sez., III, 23 gennaio 2023, n. 6596, Rv. 284142.

Ma, quando si tratta di un soggetto non imputabile o semimputabile occorre tenere conto anche di un'altra possibile nozione di pericolosità, che può concorrere con, se non addirittura soppiantare, la pericolosità sociale codicistica: la pericolosità psichiatrica, che rispecchia e meglio risponde all'attuale esigenza di soddisfare le esigenze terapeutiche, prima che quelle di difesa sociale alla base della tradizionale nozione di pericolosità sociale. In quest'ottica, la pericolosità psichiatrica, che è anche pericolosità sanitarizzata, viene definita come rischio di comportamenti violenti a causa di possibili, ma sarebbe meglio dire probabili, futuri scompensi psicopatologici⁴⁹. E, dunque, al perito dovrebbe essere posto il quesito se vi sia il rischio di scompensi psicopatologici con agiti violenti collegati al disturbo psichico (pericolosità psichiatrica) e su quale sia il percorso terapeutico in grado di curare o comunque contenere tali scompensi (pericolosità sanitarizzata).

A orientare in tal senso sono diversi fattori.

In primo luogo, le indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale che da tempo: a) riconosce che «il problema umano e sociale del trattamento da riservare ai soggetti prosciolti perché non imputabili per infermità psichica non può essere affrontato e risolto in termini formali e nominalistici – di etichetta verrebbe fatto di dire – ma impone di adottare misure concretamente idonee alla cura e non soltanto alla custodia» dei soggetti prosciolti per infermità mentale, «essendo evidente che la loro risocializzazione dipende dalla guarigione o quanto meno dal miglioramento delle loro condizioni psichiche»⁵⁰; b) afferma la necessità di escludere per gli infermi di mente prosciolti «misure aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo. La loro qualità di infermi richiede misure a contenuto terapeutico, non diverse da quelle che in generale si ritengono adeguate alla cura degli infermi psichici». Pur riconoscendo la Consulta che le misure di sicurezza per i prosciolti per vizio di mente devono «ragionevolmente essere atte a contenere la pericolosità e a tutelare la collettività, tali misure devono rispondere anche alla finalità di cu-

⁴⁹ Cfr. ROCCA-CANDELLI e altri, *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.*, 2012, 1442; ROCCA-BOSCO, *Tra pericolosità sociale e bisogno di cura*, in *Dieci anni di REMS*, cit., 168 s.

⁵⁰ Corte cost., 139/1982, cit.

ra». Sono due finalità, questa e quella di difesa sociale, collegate e inscindibili. Prosegue ancora la Consulta: «Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile. Di più, le esigenze di tutela della collettività non potrebbero giustificare misure tali da arrecare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente»⁵¹.

E, ancora più di recente, la Consulta⁵² parla di un «cambiamento culturale e scientifico» a proposito del modo di affrontare la salute mentale anche quando si tratta di un soggetto che ha commesso un reato. Ma anche nelle pronunce della Consulta del 2015 e del 2020, già richiamate⁵³, emerge come la finalità di cura debba entrare nel concetto di pericolosità sociale, come lo testimonia il fatto che, secondo le parole della prima pronuncia, «l'applicazione della misura di sicurezza detentiva possa avere luogo o protrarsi solo in base alla specifica valutazione della situazione personale dell'infermo di mente e che non sia conseguenza dello stato di marginalità socioeconomica in cui questi verrebbe a trovarsi se dimesso». In particolare nella pronuncia del 2020 il Giudice delle leggi ribadisce che la misura di sicurezza, non avendo «alcun connotato "punitivo", non è subordinata alla rimproverabilità soggettiva del suo destinatario, bensì alla sua persistente pericolosità sociale». Ciò chiarito, la Corte costituzionale evidenzia la necessità che la misura di sicurezza sia «conformata in modo da assicurare, assieme, un efficace contenimento della pericolosità sociale del condannato e adeguati trattamenti delle patologie o disturbi di cui è affetto ..., nonché fattivo sostegno rispetto alla finalità del suo "riadattamento alla vita sociale"».

Un secondo fattore è rappresentato dalla stessa necessità che sussista un nesso eziologico fra riconosciuta infermità mentale e reato commesso. Tale fattore non può che orientare verso un concetto di pericolosità a contenuto psichiatrico. Se il reato è espressione, sintomo dell'infermità, lo è anche della pericolosità sociale che va affrontata dunque nei termini di una patologia psichiatrica. Se infatti il reato commesso, che rappresenta il passato, è anche in-

⁵¹ Corte cost., 253/2003, cit.

⁵² Nella sentenza Corte cost., 99/2019, cit., sull'art. 148 c.p.

⁵³ Corte cost., 186/2015, cit.; Corte cost., 73/2020, cit.

dice di pericolosità, l'accertamento di quest'ultima (prospettiva futura) non potrà che essere una valutazione della probabilità che l'infermo prosciolto per vizio totale o parziale di mente, commetta non un qualsiasi reato, ma un reato espressione della sua malattia. Ne consegue che curando l'infermità si cura anche la pericolosità, e così soddisfacendo anche alle esigenze di difesa sociale. La rilevanza del nesso eziologico ha modificato dunque anche i giudizi prognostici di recidiva, per lo svolgimento dei quali non sembra più fattibile, né appare proficuo, un percorso di valutazione che distingue la pericolosità sociale da quella psichiatrica: la prima oggetto di autonoma valutazione del giudice ai sensi dell'art. 133 c.p.; la seconda di competenza dell'esperto⁵⁴. In tal senso sembra d'altra parte essersi già orientata la prassi giudiziaria, come emerge dai Protocolli operativi in tema di misure di sicurezza psichiatriche, elaborati da alcuni Distretti di Corti d'appello⁵⁵. Da questi Protocolli emerge il tentativo di distinguere le diverse competenze e di offrire indicazioni utili per una formulazione dei quesiti che rinvii alla pericolosità psichiatrica⁵⁶. Stando così le cose, il compito del giudice non è più quello di assumersi la responsabilità oltre che formale anche sostanziale di una valutazione autonoma di pericolosità sociale ai sensi degli indici normativi dell'art. 133, quanto piuttosto di verificare la tenuta scientifica dell'accertamento psichiatrico⁵⁷; di tradurre

⁵⁴ Non bisogna quindi farsi fuorviare dall'orientamento di quella prassi che per l'applicabilità delle misure di sicurezza afferma categoricamente che «la pericolosità sociale - stante la sua correlazione con le circostanze indicate nell'art. 133 cod. pen. - non può essere confusa con la pericolosità valutata esclusivamente sul piano psichiatrico in riferimento alla natura e alla evoluzione dello stato patologico del soggetto», Cass., 20 settembre 1996, n. 8996, CED 205759. V. anche *infra*, par. 3.

⁵⁵ A riguardo, v. 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, 1 ss. V., ad esempio, il Protocollo operativo in tema di misure di sicurezza psichiatriche per il Distretto di Milano, reperibile in www.corteappellomilano.it.

⁵⁶ In proposito, v. CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale, tra presente e futuro, in Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., 108 ss.

⁵⁷ Più precisamente, nel senso di controllo della scientificità del metodo utilizzato. È dunque il metodo scientifico appannaggio del giudizio. «Con una precisazione, però: e cioè che la "scientificità" del metodo indica più genericamente un modello di razionalità», cfr. PACILEO, *Ancora sulla causalità nel giudizio penale. Le ragioni del diritto*, in *Sist. pen.*, 2024, 4, 16, il quale chiarisce altresì che, «se l'apporto del sapere scientifico ha consentito sempre più significativi successi sul piano delle indagini, altra cosa è poi la valutazione del compendio accertativo acquisito, che ha una logica ed uno statuto euristico di livello diverso». Cfr., anche Cass., Sez., 14 luglio 2021, n. 6235, in *Dejure*, che, seguendo un orientamento ormai consolidato, ribadisce che in relazione alla diagnosi il giudice ha l'obbligo «di esaminare l'iter diagnostico seguito dai periti e verificare se la conclusione da questi raggiunta sia fondata su dati

nel linguaggio del diritto il parere dell'esperto; di verificare che le esigenze di controllo sociale si compenetrino con quelle del bisogno di cura nella scelta della misura di sicurezza da applicare, alla luce di tutti i parametri (non psichiatrici) dell'art. 133, assunti in funzione garantista.

Un terzo fattore, infine, è costituito dalla sanitarizzazione dell'esecuzione delle misure di sicurezza. Di quelle detentive in seguito, come è noto, alla riforma conclusasi nel 2014 che ha portato al superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario con la creazione delle REMS⁵⁸, ma anche di quelle non detentive, grazie a prescrizioni dal contenuto curativo-trattamentale, come nel caso della libertà vigilata terapeutica⁵⁹. Tuttavia, quanto alle prime, occorre essere consapevoli delle difficoltà derivanti da una riforma che ha trasferito alla sanità la gestione dei pazienti psichiatrici autori di reato riconosciuti totalmente o parzialmente infermi di mente, creando un sistema della sicurezza sociale di cui anche i Dipartimenti di salute mentale ora fanno parte. Come rileva recente dottrina psichiatrico-forense, una riforma «così radicale, che di fatto ha mutuato l'ideologia derivante dalla L. 180 nel sistema delle misure di sicurezza per i pazienti psichiatrici, ha creato diverse discrasie, conflitti, e polemiche che rendono sempre più complesso e disagiavo l'intervento sul territorio. In particolare, si è avuto modo di osservare ripetutamente come l'immissione di soggetti affetti da "gravi disturbi della personalità" nel circuito trattamentale possa generare situazioni di autentico stallo nel funzionamento delle REMS per la presenza di sistematici comportamenti violenti verso persone o oggetti, la scarsa aderenza alle terapie, incoercibilità adattiva ad un regime di regole sanitarie, e la mancanza di personale che possa effettivamente contenere queste condotte»⁶⁰.

fattuali corretti»; e ancora ribadisce che il vizio motivazionale è ravvisabile, fra l'altro, quando «il giudice di merito non realizza un adeguato controllo sulla completezza cognitiva e sui metodi utilizzati dai periti nonché sulla corretta interpretazione nell'elaborato peritale di segmenti del fatto che hanno orientato l'analisi e le conclusioni dei periti medesimi (la ricostruzione esatta della valenza indicativa dei fatti di causa è infatti compito del giudice e non dei soggetti portatori di conoscenze scientifiche)».

⁵⁸ Su questo importante processo di trasformazione delle misure di sicurezza in particolare detentive, si rinvia anche per la bibliografia a *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., *passim*.

⁵⁹ Cf. MIRAVALLE, *Non solo REMS. Le «altre» misure di sicurezza tra cura e controllo*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, cit., 357 ss.

⁶⁰ FERRACUTI, *Le personalità psicopatiche in relazione alle problematiche di imputabilità*, in *Riv. sperimentale di freniatria*, 2023, 147, 1, 35, il quale rileva come il problema rimanga irrisolto là dove si tratta

3. *Giudizi prognostici di pericolosità sociale.* Centrale rimane dunque il problema del ruolo da riconoscere all'esperto forense, della affidabilità scientifica dei suoi giudizi prognostici, in particolare quando si tratta della pericolosità sociale psichiatrica e degli strumenti di accertamento della probabilità di ricaduta nel reato associata a un disturbo mentale. In proposito occorre preliminarmente osservare che proprio la necessità che il reato commesso sia espressione, sintomo diretto della infermità mentale, comporta che, per formulare un giudizio positivo di pericolosità da giustificare il ricovero, non sarebbe sufficiente la potenziale insorgenza della malattia mentale, il pericolo cioè del riacutizzarsi della patologia psichiatrica in presenza di eventuali fattori di stress, a fronte della mancanza dell'effettiva sussistenza della malattia mentale al momento della valutazione e della presenza invece di una risposta positiva alle cure⁶¹. Come, di contro, la misura di sicurezza dovrebbe venire meno nel momento in cui viene a cessare la pericolosità patologica. Cosa che, data la natura della pericolosità, si verifica quando si risolve la patologia psichiatrica oppure quando quest'ultima permane, ma si interrompe il suo legame con la pericolosità. «Detto in altri termini, da un lato, il venir meno della patologia fa venir meno il trattamento, in quanto esclude la pericolosità patologico-sociale connessa al fatto; in quest'ultima ipotesi può permanere una pericolosità sociale, ma essa non può essere presa in considerazione in quanto, mancando un legame con la patologia, è del tutto sganciata dal fatto. Dall'altro lato, la

di sottogruppi di pazienti affetti da psicosi cronica e sistematicità di comportamenti aggressivi e violenti. Questi soggetti «saranno inevitabilmente considerati non imputabili e socialmente pericolosi, la cui gestione in strutture esclusivamente sanitarie pone a concreto rischio gli operatori sanitari e non consente una adeguata continuità di cure a questi pazienti e dove non è proponibile, perché eticamente inaccettabile, una prospettiva trattamentale in ambiente penitenziario» (citazione di p. 43). Per una ricognizione dell'attuale sistema dell'esecuzione delle misure di sicurezza sanitarizzate dalla prospettiva psichiatrico-forense, v. RIVELLINI-PESSINA-PAGANO e altri, *Il sistema REMS nella realtà italiana: autori di reato, disturbi mentali e PDTA*, in *Rivista di psichiatria*, 2023, 83 ss.

⁶¹ Non così per Cass., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 44932, in *Dejure*, che conferma quanto affermato dal Tribunale del riesame circa la persistenza della pericolosità sociale e la necessità di una misura di sicurezza detentiva sulla base della permanenza della situazione che aveva portato al compimento del reato e che, data la non stabilizzazione dello stato psichico dell'imputato, avrebbe potuto portare al riacutizzarsi di tale stato, nonostante un'accettabile adesione alle cure farmacologiche. Osserva che la motivazione nella sua sommarietà rivela «una ritrosia argomentativa nel legittimare un giudizio che rimane intuitivo» e che valorizza il puro «dato del riacutizzarsi della patologia psichiatrica» a fronte di una adesione alle cure farmacologiche, MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 76 s.

permanenza della patologia in sé non può giustificare la permanenza del trattamento essendo necessaria una pericolosità sociale derivante dalla patologia»⁶².

Inevitabile, dunque, che dalla valorizzazione del nesso eziologico fra reato e disturbo psichico e dall'affermarsi della nozione psichiatrica della pericolosità sociale derivino effetti che si riverberano sul ruolo da riconoscere all'esperto. In via generale la Cassazione segue ormai un orientamento consolidato, secondo il quale «Il ruolo di *peritus peritorum* abilita invece il giudice a individuare, con l'aiuto dell'esperto, il sapere accreditato che può orientare la decisione e a farne un uso oculato, pervenendo a una spiegazione razionale dell'evento. Il perito non è l'arbitro che decide il processo ma l'esperto che espone al giudice il quadro del sapere scientifico nell'ambito fenomenologico al quale attiene il giudizio, spiegando quale sia lo stato del dibattito, nel caso in cui vi sia incertezza sull'affidabilità degli enunciati a cui è possibile addivenire, sulla base delle conoscenze scientifiche e tecnologiche disponibili in un dato momento storico. Toccherà poi al giudice tirare le fila e valutare se si sia addivenuti a una spiegazione dell'eziologia dell'evento e delle dinamiche in esso sfociate sufficientemente affidabile e in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni, che possano supportare adeguatamente l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. Il sapere scientifico costituisce infatti un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito, il quale dovrà però valutare l'autorità scientifica dell'esperto che trasferisce nel processo la sua conoscenza delle leggi scientifiche nonché comprendere se gli enunciati che vengono proposti trovino comune accettazione nell'ambito della comunità scientifica»⁶³.

Tuttavia, le cose sembrano complicarsi quando si tratta di formulare valutazioni di pericolosità del soggetto totalmente o parzialmente infermo di mente. Con riferimento a queste valutazioni, la dottrina non ha mancato di rilevare che la «perizia psichiatrica - quella che dovrebbe confermare scientificamente tanto dell'incapacità di intendere e volere quanto della pericolosità del pro-

⁶² BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 719.

⁶³ Cass., Sez. IV, 21 marzo 2019, n. 28102, in *Dejure*.

sciolto – si svela socialmente come occasione di ulteriori finzioni. Mentre il giudice, affidando la perizia d’ufficio a quello psichiatra che “canta” proprio come a lui piace ascoltare. Mentre lo psichiatra, “inventandosi” un qualche vaneggiamento che sappia di scienza, ma che aggrada il giudice»⁶⁴. Al perito l’organo giudicante dovrà comunque affidarsi, anche se, come afferma la Cassazione, il giudice non potrà limitarsi a richiamare la valutazione criminologica dell’esperto, essendo suo compito esclusivo la verifica della pericolosità sociale. Ad essa il giudice non può «abdicarvi a favore di altri soggetti né rinunciare, pur dovendo tener conto dei dati relativi alle condizioni mentali dell’imputato ed alle implicazioni comportamentali eventualmente indicate dal perito»⁶⁵.

Il giudice dovrà altresì tenere conto degli strumenti di accertamento della pericolosità sociale utilizzati dall’esperto. E proprio a proposito di questi strumenti, sarebbe oggi più corretto parlare di accertamento dei fattori di rischio di recidiva grazie a metodi di valutazione sempre più innovativi, come quelli di ultima generazione della intelligenza artificiale attraverso l’utilizzo di algoritmi predittivi⁶⁶ in combinazione con neuropredizioni⁶⁷. Ad essi si guarda co-

⁶⁴ PAVARINI, *Il folle che delinque: rapsodia sul margine*, in *Rivista sperimentale di freniatria*, 2011, 3, 150.

⁶⁵ Cass., Sez. III, 10 maggio 2017, n. 38965, in *Dejure*. Ma non dovrà comunque disattendere le conclusioni del perito sulla presenza di una particolarmente elevata pericolosità dell’imputato «sulla base di affermazioni meramente assertive», argomentando che l’imputato aveva commesso un grave reato «con dolo d’impeto all’apice di un ben preciso e isolato episodio psicotico». In considerazione di ciò il giudice di primo grado, come rileva la Cassazione, ometteva «di compiere – sulla base degli elementi sintomatici di cui disponeva e tenendo conto di tutte le verifiche nosografiche eseguite nel presente procedimento – una valutazione prognostica fondata sulle emergenze probatorie, ancorando erroneamente il giudizio sulla pericolosità dell’imputato a quello sulla sua imputabilità», che il perito aveva ritenuto non essere esclusa né scemata, Cass., Sez. I, 8 giugno 2017, n. 35706, in *Dejure*. V. anche Cass., Sez. I, 30 aprile 2019, n. 40128, in *Dejure*, che ritiene non censurabile il riconoscimento di un elevato rischio di condotte recidivanti sulla base di «una consolidata massima nell’esperienza giudiziaria ..., secondo cui l’assenza di elementi indicativi di un effettivo progresso nelle condizioni personali e socio-ambientali dell’autore del reato, in specie quando si tratti di soggetti a elevato indice di vulnerabilità in ragione della presenza di una situazione di disagio psichico, costituisca un indice di primario valore predittivo» di quel rischio.

⁶⁶ In proposito, nella letteratura più recente, v. SACCOMANNI, *L’impatto della giustizia algoritmica sul diritto all’equo processo*, in *Cass. pen.*, 2023, 644 e ivi la bibliografia: «Con riferimento all’utilizzo di algoritmi predittivi in ordine al giudizio di pericolosità o recidiva, sarebbe ipotizzabile di assegnare all’output prodotto dall’intelligenza artificiale il valore di semplice indizio, bisognoso di essere sempre avvalorato da ulteriori elementi probatori. Tali dispositivi potrebbero agire con una metodologia oggettiva e priva di pregiudizi e il vantaggio dell’utilizzo di algoritmi predittivi potrebbe essere rappresentato da una maggiore certezza del diritto, mentre sino ad ora la valutazione della pericolosità sociale, soprat-

me metodi in grado di superare le criticità di metodi tradizionali, come quello statistico, fondato cioè sulla rilevazione di fattori di rischio, ma che espone a giudizi derivanti da pure generalizzazioni; o quello clinico, che è incentrato sull'analisi della personalità dell'autore e sulla rilevazione di tratti peculiari di personalità, ma il cui *bias* principale è dato da una sopravvalutazione della probabilità di recidiva violenta nei pazienti psichiatrici⁶⁸; o, ancora, quello combinato, che utilizza sia strumenti clinici che statistici e anche un approccio neuroscientifico e, infine, quello meno affidabile costituito dal metodo intuitivo, che sembra alla fine essere il più utilizzato dai giudici, nel panorama di incertezza scientifica in cui si svolgono le prognosi di pericolosità⁶⁹.

In estrema sintesi, la combinazione fra algoritmi predittivi e neuropredizioni sembra promettere una riduzione dei *biases* che caratterizzano le predizioni di pericolosità attraverso l'uso dei soli algoritmi predittivi, la cui affidabilità è –

tutto nella parte prognostica del giudizio (predittiva rispetto al futuro), consiste per lo più in giudizi intuitivi, affidati all'esperienza personale dei giudici e al loro buon senso»; PIETROCARLO, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, in *www.sistemapenale.it*, 28 settembre 2023; UBERTIS, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, ivi 16 ottobre 2023; G. Canzio, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2021; MALDONATO, *Risk and need assessment tools e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in *www.discrimen.it*, 18 ottobre 2022; MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen. web*, 2021, 1, 7 ss.; sulla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole di armonizzate sull'intelligenza artificiale, cfr. COLACURCI, *Quale diritto penale dell'IA? Alcune riflessioni a partire dalla proposta di regolamento dell'Unione europea*, in *Jus*, 2023, 3, 369 ss., il quale, tra l'altro, evidenzia che nel testo definitivo della proposta, licenziato nel dicembre 2023, fra le pratiche di IA sono inserite anche quelle di *predictive policing* o di *predictive justice*. Con particolare riferimento al folle-reo, nella letteratura esperta più recente, v. WATTS-MOULDEN e altri, *Predicting offenses among individuals with psychiatric disorders - A machine learning approach*, in *J. Psychiatric Research*, 2021, 138, 146 ss.; GOODING-MAKER, *The Digital Turn in Mental Health and Disability Law. Actuarial Traditions and AI Futures of Risk Assessment From a Human Rights Perspective*, in *The Future of Mental Health, Disability and Criminal Law Essays in Honour of Emeritus Professor Bernadette McSherry*, ed. by Wilson-Maker-Gooding-Walvisch, London, New York, 2024, 244 ss.

⁶⁷ Cfr., nella letteratura specialistica più recente, TORTORA-MEYNEN e altri, *Neuroprediction and A. I. in forensic Psychiatry and Criminal Justice: A Neurolaw Perspective*, in *Frontiers in Psychology*, 2020, 11, 220 ss.

⁶⁸ Cfr. ROCCA-BOSCO, *Tra pericolosità sociale e bisogno di cura*, cit., 168 s.

⁶⁹ Cfr. PELISSERO, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale*, cit., 129 e ivi la bibliografia. Per un recente studio sperimentale sui limiti del processo decisionale dell'esperto nelle prognosi di pericolosità sociale su un campione di 302 perizie psichiatrico-forensi italiane, cfr. MANDARELLI-CARBELLESE-FELTHOUS-PARMIGIANI e altri, *The factors associated with forensic psychiatrists' decisions in criminal responsibility and social dangerousness evaluations*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2019, 66, 1 ss.

come ormai è noto - condizionata dai dati, i fattori di rischio, su cui l'algoritmo si basa, è formato⁷⁰. A tale proposito, basti considerare il ruolo che può giocare l'inserimento, fra i fattori di rischio, del disturbo mentale o comunque di specifici tratti di personalità pur non classificati fra quelli criminogenici, cioè fra quelli direttamente collegati ad un'eventuale commissione di un reato. A maggior ragione se questo fattore è dato dalla personalità antisociale, che è classificata fra gli indici algoritmici più fortemente predittivi di future condotte criminali. Ma, se in quanto disturbo della personalità, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite del 2005, anche quello antisociale rientra nel concetto di infermità mentale di cui agli artt. 88 e 89 c.p.⁷¹, alta diventa la probabilità che al riconoscimento di un vizio totale o parziale di mente per un'infermità dipendente da un disturbo di tal genere segua una prognosi positiva di pericolosità.

Un antidoto a simili derive sembra offrire la sinergia fra neuropredizioni e intelligenza artificiale, sinergia che appare in grado di potenziare l'affidabilità della valutazione del rischio di comportamenti criminali, in particolare di quelli violenti. Le neuroimmagini consentono di "vedere" il cervello in termini sia strutturali che funzionali, onde studiare ed eventualmente anche prevedere non solo l'insorgenza di disturbi mentali correlati a patologie neurocerebrali, ma anche sulla base di queste variabili cerebrali funzionali e strutturali di fare previsioni di recidiva e in generale di comportamenti futuri, nonché di trattamento. Così, ad esempio, se il *biomaker* dell'età cerebrale e non la pura età cronologica risulta rappresentare un fattore di maggior rischio di recidiva, questo dato dovrebbe entrare a far parte del patrimonio dei dati dell'algoritmo utilizzato⁷²; se, poi, una diagnosi di disturbo antisociale di per-

⁷⁰ Anzi, osserva la dottrina, la «circostanza che le inferenze algoritmiche abbiano natura statistica non consente di giungere ad una interpretazione dell'evento con certezza deduttiva, ma soltanto con un'alta probabilità induttiva, che non soddisfa le esigenze poste dalla regola di giudizio della presunzione di innocenza», FALATO, *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *Arch. pen.*, 2020, 21. Ne consegue che «il ricorso alla prevedibilità statistica, pur non essendo escluso ai fini dell'accertamento, abbisogna di riscontri ulteriori funzionali a confermare l'assenza di inferenze interagenti in via alternativa; di qui, la relatività delle inferenze algoritmiche nella risoluzione del *du-bium facti*».

⁷¹ Cfr. Cass., Sez. V, 9 febbraio 2006, n. 8282, Rv. 233228.

⁷² Cfr. TORTORA-MEYNEN e altri, *Neuroprediction and A. I. in forensic Psychiatry and Criminal Justice*, cit., 5 ss.; cfr., anche, STARKE-D'IMPERIO-IENCA, *Out of their minds? Externalist challenges for using*

sonalità non fosse suffragata da un riscontro cerebrale attraverso le neuroimmagini, la forza predittiva che invece abbiamo visto si attribuisce al disturbo attraverso l'algoritmo sarebbe depotenziata nel caso concreto. Le ultime frontiere delle ricerche sono dunque nel senso di raccogliere *biomarkers* del cervello criminale, ad es. le basi neurobiologiche della psicopatia o del disturbo antisociale di personalità, al fine di inserire questi neurodati nei modelli predittivi di intelligenza artificiale.

Tuttavia, anche questo modello combinato, come gli altri modelli predittivi, presenta dei limiti di cui occorre essere consapevoli. In primo luogo, quello dell'affidabilità del modello generale ed astratto nella sua applicazione pratica. Inferenza che può minare l'accuratezza della prognosi nel caso concreto. In secondo luogo, da un punto di vista etico e di diritto, quello di creare discriminazioni con la costituzione di gruppi di soggetti ad alto o basso rischio di ricaduta sulla base di peculiari caratteristiche personali. Tenuto conto che neuromarcatori di recidiva saranno certamente più presenti in certi gruppi che in altri, trattare in maniera differente i gruppi per il loro cervello difficilmente si giustifica alla luce del principio di uguaglianza e può portare ad una sorta di neodeterminismo. Si pensi, ad esempio, alle conseguenze della stigmatizzazione dei delinquenti sessuali in quanto gruppo con caratteristiche personali tali da giustificare una loro registrazione⁷³.

Di contro, i neurodati possono aiutare nella scelta del trattamento, se classificati non tanto o non solo come fattori di rischio ma come indici dei bisogni personali di cura e trattamento⁷⁴. In questi termini le neuropredizioni aiutano

AI in forensic psychiatry, in *Frontiers Psychiatry*, 2023, 1 ss., i quali sottolineano la necessità che a fini psichiatrico forensi gli algoritmi predittivi non si limitino ai dati neurobiologici ma anche prendano in considerazione i fattori socio-ambientali.

⁷³ Per questi rilievi critici, v. TORTORA-MEYENEN e altri, *Neuroprediction and A. I. in forensic Psychiatry and Criminal Justice*, cit., 6 ss.; COPPOLA, *Mapping the Brain to Predict Antisocial Behaviour: New Frontiers in Neurocriminology, 'New' Challenges for Criminal Justice*, in *U. C. L. J. Jurisprud. Spec.*, 2018, 1, 113 ss. Sulla disciplina francese di registrazione degli autori di reati sessuali, cfr. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, cit., 214 ss.

⁷⁴ Cfr., in particolare, COPPOLA, *Mapping the Brain to Predict Antisocial Behaviour*, cit., 112 ss., spec. 120 ss., la quale fa l'esempio di programmi che grazie alle conoscenze neuroscientifiche hanno lo scopo di promuovere un atteggiamento empatico negli autori di reato che ne sono carenti e ciò favorire la ricaduta nel reato. L'A. evidenzia che «relationally-based situations could actually prove the most suitable way to create new opportunities for neural growth in emotion brain circuits, increasing the likelihood of developing empathy, and enabling these offenders' emotional transformation towards pro-

a prevenire il crimine, perché offrono informazioni utili per misure trattamentali e riabilitative maggiormente individualizzate. In breve, ciò significa garantire un sostegno importante per la declinazione in chiave terapeutica della pericolosità sociale.

4. *Verso un nuovo sistema di misure?* È proprio la questione dell'approccio terapeutico alla pericolosità sociale rimanda all'interrogativo sul futuro delle misure di sicurezza e del sistema del doppio binario sanzionatorio nella prospettiva di una radicale riforma. Ripercorrere l'intera questione esorbita dall'economia del presente lavoro. Non è questa, infatti, la sede per affrontare una questione così complessa e al centro di un esteso e ricco dibattito⁷⁵. Di esso preme qui ricordare come, quanto all'attuale sistema del doppio binario, nessun dubbio dovrebbe ormai sussistere sulla necessità del suo superamento, riservando le misure di sicurezza ai soli soggetti inimputabili pericolosi⁷⁶. Quanto a queste misure⁷⁷, nell'intraprendere il cammino della riforma il legi-

social attitudes. These insights could lead to an increased adoption of individualized, inclusionary socio-rehabilitative measures, which act as positive incentives for high risk offenders' emotional healing and social functioning, thereby reducing risks of recidivism facing offenders upon their return to the community».

⁷⁵ Sul tema la bibliografia è ampia, fra la più recente, v. PELISSERO, *La grande illusione: mutazioni e persistenza del doppio binario per i condannati imputabili pericolosi*, in *Diritto penale dell'Unione europea e nell'Unione europea. Studi in onore di Giovanni Grasso*, a cura di Maugeri-Sicurella e altri, Pisa, 2023, 1456 ss. e ivi la bibliografia; v., anche, dello stesso *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*; MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., *passim*.

⁷⁶ Su questo auspicabile percorso di riforma si rinvia a PELISSERO, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale*, cit., 143 ss. Altra dottrina non sembra avere dubbi sulla necessità di un totale superamento del sistema delle misure di sicurezza, v., ad es., DE MARTINO, *La (mancata) riforma Orlando in tema di misure di sicurezza: non tutti i mali vengono per nuocere*, in *Arch. pen.*, 2019, 10 ss.: «Le misure di sicurezza necessitano di una ferma condanna e di una totale abolizione, come atto di riparazione della democrazia».

⁷⁷ Per l'irrogazione delle quali la dottrina auspica una riforma che attribuisca la decisione sulla pericolosità sociale e sull'eventuale misura di sicurezza non più al giudice di cognizione, ma a quello della fase esecutiva, cfr., CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale, fra presente e futuro*, cit., 123 s., per il quale «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"». Sui limiti dell'attuale processo monofasico ai fini delle prognosi di pericolosità sociale e dell'applicazione delle misure di sicurezza, v., anche, MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 62 ss. In una prospettiva di miglioramento dell'attuale disciplina delle misure di sicurezza, cfr. SCHIAFFO, *O.P.G. e misure di sicurezza: le ipotesi per una riforma di sistema alternativa ad un superamento radicale*, in *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di Moccia-Cavaliere, Napoli, 2023, 268 ss.

slatore può peraltro fare affidamento sui principi guida fissati dalla Corte costituzionale e dall'attuale legislatore, principi che vale la pena sinteticamente richiamare, a partire da quello della residualità, sussidiarietà, delle misure di sicurezza custodiali, rappresentate dalle REMS. Ad esse il malato mentale riconosciuto non imputabile o semimputabile può essere assegnato solamente se non sia possibile controllarne la pericolosità con soluzioni alternative, quale ad esempio l'affidamento ai servizi territoriali per la salute mentale. A ribadirlo è la stessa Consulta, che, in una pronuncia successiva alla riforma che ha portato al superamento degli OPG, riconosce che «emerge ... in modo netto la residualità della misura di sicurezza detentiva quale *extrema ratio*»⁷⁸. Perché ciò si realizzi è necessario che le REMS siano sì considerate uno degli elementi del sistema di cura e riabilitazione dei pazienti psichiatrici autori di un reato, ma lo siano in chiave effettivamente sussidiaria di altri elementi, come i Dipartimenti di salute mentale, che rivestono un ruolo centrale. Da essi dipendono infatti i programmi terapeutici individuali⁷⁹, per l'attuazione dei quali, peraltro, la legge di riforma non ha stanziato risorse finanziarie *ad hoc*⁸⁰. Ancora al legislatore del 2014 si deve l'attuazione dell'altro principio guida della proporzionalità delle misure di sicurezza detentive, il rispetto del quale a riguardo di queste misure era da tempo invocato dalla dottrina⁸¹. Tale princi-

⁷⁸ Corte cost., 27 dicembre 2018, n. 250.

⁷⁹ Come già osservava PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., 926, la mancata attuazione di questi programmi terapeutici individuali dal significato fortemente garantista «rischia di tradursi negativamente sul diritto alla salute (art. 32 Cost.)». Rischio ben evidenziato da recente dottrina specialistica con riferimento ai pazienti psichiatrici affetti dai disturbi di personalità. Rispetto ad essi si sarebbe sviluppata una situazione critica, quando questi autori sono affidati direttamente ai Dipartimenti di salute mentale, cfr. FERRACUTI, *Le personalità psicopatiche in relazione alle problematiche di imputabilità*, cit., 34 ss.

⁸⁰ V. art. 1 L. 30 maggio 2014, n. 81 e art. 3-ter, co. 4 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. L. 17 febbraio 2012, n. 9.

⁸¹ Cfr. GRASSO, sub *Art. 207*, in *Commentario sistematico del codice penale*, a cura di Romano-Grasso-Padovani, Milano, 2011, 5, 487: «La disciplina della durata della misura di sicurezza appare certamente censurabile e in una prospettiva di riforma da abbandonare». Ma, v. già MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva: profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 282, che, a proposito del non imputabile, rileva l'esigenza che, per rispettare i compiti «costituzionalmente propri, la misura di sicurezza deve essere - per elementari ragioni di garanzia liberale - sempre determinata nel tempo: il suo massimo di durata deve essere predeterminato e non già affidato al momento in cui si chiude con successo il trattamento. Questo esito positivo può e deve essere preso in considerazione per diminuire semmai la durata della misura; se alla scadenza della durata non si è ancora ottenuto un risultato positivo, si provvederà al trattamento in forme e modi diversi ma all'interno della società, realizzando appieno il principio di solida-

pio nella sua accezione interna e garantista⁸², come è noto, impone una stretta correlazione fra entità della risposta penale e gravità del fatto commesso, che solo un ponderato bilanciamento delle esigenze politico-criminali di prevenzione dei reati con quelle garantistiche della colpevolezza per il reato può assicurare⁸³. Queste esigenze non potevano essere soddisfatte da una disciplina che, lasciando indeterminato il limite massimo di durata delle misure di sicurezza, rinunciava a qualsivoglia rapporto con la gravità del fatto commesso e ciò in contrasto con il principio di proporzionalità⁸⁴. È solo con la legge n. 81, del 2014, di conversione del d.l. 31 marzo 2014, n. 52, che tale rapporto si instaura, attraverso la previsione di un tetto alla durata della misura, rappresentato dal massimo della pena astrattamente prevista per il reato commesso. Parametro di riferimento diventa quindi la gravità astratta della fattispecie incriminatrice che si manifesta attraverso la cornice edittale, prevedendo l'art. 1, co. 1-*quater* che le «misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima»⁸⁵. Lo

rietà sociale, che non può certo esaurirsi nel ricorso a strumenti privativi della libertà personale». D'altra parte, quello di proporzionalità è principio di portata generale, cfr., fra gli altri, PALAZZO-BARTOLI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2023, 28 s., ove si sottolinea come anche quello di proporzione sia diventato un principio generale dell'ordinamento, da annoverarsi fra i principi garantistici di rango costituzionale del tutto sganciato dalla premessa retributiva. Esso - come osserva altra dottrina - «informa le norme pubbliche globalmente considerate e, dunque, ogni misura che imponga autoritativamente la compromissione di un diritto del singolo», DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino, 2021, 225 s., la quale rileva come la proporzione non sia «più ritenuta un mero canone di politica criminale, ma un *principio fondamentale*, un *precetto cui dare realizzazione effettiva* e alla stregua del quale vagliare l'ammissibilità delle norme limitative delle libertà individuali, con particolare attenzione all'*an*, al *quomodo* e al *quantum* della sanzione».

⁸² Di contenimento cioè dell'intervento penale, cfr., PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, a cura di Conte-Landini, Mantova, 2017, vol. I, 311 ss.

⁸³ Sul principio di proporzionalità c.d. interna (o altrimenti detto di proporzione in senso stretto o, ancora, in concreto), v., nella più recente letteratura, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, *passim*.

⁸⁴ Il principio, come già sottolineava la dottrina, «richiede una comparazione costante tra i fini politico-criminali perseguiti e i mezzi impiegati», GRASSO, sub *Art. 207*, cit., 487.

⁸⁵ Definisce questa «una soluzione plausibile conforme ai criteri di ragionevolezza» PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., 928. Tuttavia, la stessa Corte costituzionale riconosce come la messa in libertà di soggetti ancora pericolosi possa risultare in certi casi, come in quello oggetto del ricorso, problematica. Osserva infatti la Consulta che, per un verso, la norma dell'art. 1, co. 1-*quater* «è

stesso comma prevede anche che questa disposizione non si applica ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

Il bisogno di cura e di trattamento, che implica quello della territorialità della cura onde favorire il reinserimento del soggetto nel contesto sociale originario, è il terzo principio che deve guidare una futura riforma. Esso è dettato dal passaggio dal paradigma della mera custodia a quello della terapia, che non può più essere sacrificato per pure esigenze di difesa sociale. Ad affermarlo è la stessa Corte costituzionale, in particolare quando parla di «vocazione naturale di ogni misura di sicurezza al recupero sociale»⁸⁶, vocazione che «accomuna, nel vigente quadro costituzionale, pene e misure di sicurezza»⁸⁷. Le esigenze di cura, come si è visto, devono guidare anche la scelta della misura, che non può quindi dipendere da carenze socio-assistenziali del contesto esterno, a partire da quello familiare. Queste carenze avevano favorito la

diretta a evitare i cosiddetti ergastoli bianchi, cui può dar luogo la permanenza a tempo indeterminato in strutture detentive per l'esecuzione delle misure di sicurezza, e pone così fine a situazioni in cui per l'infermità mentale, anche nel caso di commissione di reati di modesta gravità, persone senza supporti familiari o sociali rimanevano perennemente private della loro libertà in un contesto di natura penale». Per altro verso, rileva ancora la Corte, «è vero però che la situazione sottoposta dal giudice rimettente all'attenzione della Corte desta effettivamente preoccupazione, per la mancanza sul territorio di strutture idonee a soddisfare le esigenze di cura e di controllo delle persone socialmente pericolose rimesse in libertà», Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 22, che dichiara comunque inammissibile la questione di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza. In dottrina, v. DE MARTINO, *La (mancata) riforma Orlando in tema di misure di sicurezza*, cit., 9 s.: «Ancora, una volta che si è deciso di lasciare intatto il "peso" del presupposto applicativo soggettivo delle misure - la pericolosità sociale - e contemporaneamente si è inteso porre per legge un limite massimo all'internamento, riesce ancor più difficile rinvenire, dal punto di vista teorico, la razionalità complessiva del sistema. Infatti, dato il presupposto applicativo soggettivo e deterministico della pericolosità sociale fino al 2023 e data l'importanza che essa continuerà a svolgere ai fini dell'applicazione della misura (peraltro derivante da una relazione di tipo funzionale con la stessa), risulta veramente non coerente la cessazione di quest'ultima con il persistere del detto presupposto». Per alcune osservazioni critiche, v., anche, SCHIAFFO, *O.P.G. e misure di sicurezza*, cit., 276 ss., in particolare per il riferimento alla pena in astratto ai fini della individuazione del limite massimo di durata delle misure detentive. Come osserva l'A. con riguardo in special modo all'OPG: «Prevedere gli stessi limiti per sanzioni che corrispondono a situazioni descritte in termini essenzialmente diversi appare come una palese incongruenza nella prospettiva necessariamente logica di un sistema». In ogni caso - si osserva giustamente - sarebbe stato preferibile adottare la soluzione della commisurazione della pena in concreto. Quanto alle misure di sicurezza non detentive per il reo-paziente psichiatrico, appare condivisibile la critica circa la inopportunità dell'esclusione dalla disciplina della durata di queste misure, in particolare alla luce della funzione oggi riconosciuta alla libertà vigilata, cfr. SCHIAFFO, *O.P.G. e misure di sicurezza*, cit., 279 s., al quale si rinvia anche per ulteriori osservazioni critiche sulla scelta di non prevedere un limite di durata della misura di sicurezza detentiva quando la pena è l'ergastolo.

⁸⁶ Corte cost., 22/2022, cit.; conf. Corte cost., 99/2019, cit.

⁸⁷ Corte cost., 253/2003, cit.

prassi di desumere la pericolosità sociale dall'apparente mancanza di cura e di sistemazione in libertà⁸⁸.

Immanente a quello del bisogno di cura è poi il principio della flessibilizzazione della misura di sicurezza, all'affermarsi del quale ha contribuito la caduta degli automatismi della misura di sicurezza⁸⁹. Si è andato così delineando un sistema di misure flessibilizzato, ma anche sanitarizzato grazie al superamento degli OPG, sostituiti dalle REMS. Come chiarisce infatti ancora la Consulta, la riforma che ha portato all'introduzione di queste ultime «ha ripensato in radice la logica delle misure di sicurezza per gli autori non imputabili o semimputabili, onde assicurarne l'effettiva funzionalità a quella finalità terapeutica che ne condiziona ... la stessa legittimità costituzionale»⁹⁰.

Tutto ciò comporta l'emersione di un altro e fondamentale principio guida: quello della massima individualizzazione, personalizzazione della misura di sicurezza. Questo principio trova la sua più completa espressione nella previsione che siano predisposti percorsi terapeutici individuali, come si desume sia indirettamente dall'art. 1 della L. del 2014, là dove si esclude che dalla mancanza di programmi terapeutici possa dipendere il giudizio di pericolosità sociale e la scelta a favore di una misura detentiva. Sia direttamente dal co. 1 *ter* dello stesso art. 1, che stabilisce che per la prosecuzione del ricovero la prova della persistenza della pericolosità dell'internato sia fornita attraverso il programma terapeutico che documenti la necessità di ulteriore ricovero. È ancora la Corte costituzionale a sottolineare che la nuova misura dell'assegnazione in REMS ha un «marcato carattere terapeutico-riabilitativo» ed è «costruita attorno all'idea di un percorso di progressiva riabilitazione sociale»⁹¹.

Peraltro, questo percorso risulta ancora impervio. Se si guarda infatti agli ultimi dati disponibili, relativi all'anno 2023, le persone internate nelle REMS

⁸⁸ V. Corte cost., 23 luglio 2015, n. 186.

⁸⁹ Sottolinea questo profilo, fra gli altri, PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga*, cit., 921 s., il quale rileva come la flessibilità della disciplina delle misure di sicurezza assurge a principio costituzionalizzato proprio ad opera della Corte costituzionale, senza che la flessibilità nell'applicazione di tali misure significhi, peraltro, rinunciare al principio di riserva di legge. Infatti, il giudice deve comunque decidere per una delle misure previste dal sistema penale. V., anche, *supra*, par. 2.

⁹⁰ Corte cost., 22/2022, cit.

⁹¹ Corte cost., 22/2022, cit.

sono 632, a cui si devono aggiungere i soggetti dichiarati destinatari di tale misura ma in lista d'attesa, il cui numero ammontava sempre nel 2023 a 675. Orbene, da questi dati emerge che, come rileva il Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale fino al 2023, Mauro Palma, nella sua ultima Relazione al Parlamento, il numero complessivo delle persone internate in una REMS o in attesa di esserlo supera di molto il numero di coloro che al momento della chiusura, nel 2015, erano presenti negli Ospedali psichiatrici giudiziari e che ammontava a 698 internati. Secondo il Garante il «dato appare ancora più macroscopico se si tiene conto che gli Opg ospitavano sia internati in misura di sicurezza, sia detenuti che avevano sviluppato una malattia mentale, sia detenuti in osservazione psichiatrica». Se questi sono i dati, appare comprensibile l'amara constatazione dello stesso Garante che «una volta prima di mandarti all'ospedale psichiatrico il giudice ci pensava tre volte, la Rems sembra meno impattante e comunque tranquillizzante per il giudice che decide la misura di sicurezza». Sussisterebbe, dunque, prosegue il Garante, «una certa facilità nell'assegnazione alle Rems e questo è un primo problema»⁹². Ciò comporta una costante violazione del principio di *extrema ratio* della misura detentiva, il quale non troverebbe sufficiente applicazione, «verosimilmente a causa della scarsa fiducia nelle misure di sicurezza non detentive e della debolezza dei servizi di salute mentale», causa che «sarebbe alla base dell'aumento delle richieste di ricovero che non hanno trovato esecuzione»⁹³.

Dobbiamo allora concludere che, nonostante il tempo trascorso dalla sentenza di monito al legislatore del 27 gennaio 2022, n. 22, più volte richiamata in queste pagine⁹⁴, nessun passo in avanti è stato fatto per risolvere i gravi pro-

⁹² Dall'intervista di TRINCHELLA, *Autori di reato con disturbi psichici, la rivoluzione mancata dei centri Rems: pochi posti e 796 pazienti fuori. "E non si dà priorità ai casi più gravi"*, in www.ilfattoquotidiano.it, 26 novembre 2023.

⁹³ In questi termini Corte cost., 22/2022, cit.

⁹⁴ La Consulta dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla disciplina dell'esecuzione del ricovero provvisorio presso una Residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 206 e 222 c.p. e dell'art. 3-ter d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 e successive modificazioni. Per la Consulta una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata determinerebbe l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi ospedali psichiatrici giudiziari e produrrebbe, tra l'altro, un intollerabile vuoto di interessi costituzionalmente rilevanti.

blemi di funzionamento del sistema denunciati dal Giudice delle leggi?⁹⁵ Come è noto, con questa sentenza la Corte, a seguito dell'istruttoria da essa disposta⁹⁵, ritiene che il sistema delle REMS, nella sua realtà prasseologica, non sia in grado di tutelare in modo efficace il diritto alla salute di colui che è stato riconosciuto non imputabile per infermità di mente, ma nemmeno i diritti fondamentali delle vittime, dato che al primo non sembrano assicurati i trattamenti necessari a curare la sua patologia e conseguentemente la sua pericolosità in vista di un suo reinserimento nella società. È rimasto dunque fino ad ora inascoltato l'invito, fra gli altri, a porre rimedio ad una situazione «in cui sistematicamente restano per molti mesi ineseguiti provvedimenti volti a evitare la commissione di nuovi reati». Situazione che, «lungi dal costituire un inconveniente di mero fatto nell'attuazione concreta della disciplina legislativa, evidenzia un difetto sistemico di effettività nella tutela dell'intero fascio di diritti fondamentali che l'assegnazione a una REMS mira a tutelare»⁹⁶. Come antidoto, la Corte chiede al legislatore interventi mirati a rendere più efficienti le REMS sull'intero territorio, ma nell'ambito di un potenziamento di tutte le strutture a livello nazionale, tale da assicurare interventi alternativi rispondenti alle necessità di cura e non solo a quelle di tutela della collettività.

⁹⁵ Per verificare la sussistenza o meno del grave malfunzionamento strutturale del sistema di applicazione dell'assegnazione in REMS, così come prospettato dal giudice rimettente. V. ord. istruttoria n. 131 del 2021, depositata il 24 giugno 2021. Come afferma la Consulta nella successiva sentenza: «L'istruttoria esperita da questa Corte ha largamente confermato, e consentito di meglio precisare, la prospettazione del rimettente».

⁹⁶ Corte cost., 22/2022, cit.

Se e quando il nostro legislatore riuscirà ad adempiere all'invito della Corte costituzionale rimane un interrogativo aperto. Nel frattempo, però, a pagare il prezzo di questa latitanza sono le finalità di cura e di trattamento che soccombono a quelle di contenimento della pericolosità sociale degli autori di reato infermi di mente. Ma la cosa non può sorprendere, se si considera che, come ancora da ultimo ricorda attenta dottrina, «l'originario obiettivo dell'approccio costituzionale ... di predisporre principi-guida di livello sovraordinato alla legge ordinaria per porre le fondamenta di una nuova codificazione penale destinata a rimpiazzare il vecchio codice Rocco ... è finora fallito»⁹⁷.

⁹⁷ FIANDACA, *Intorno a dottrine e interpretazioni penalistiche dal codice Rocco a oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 4, 1291 s. Tale fallimento, chiarisce Fiandaca, è da attribuirsi ad «un insieme eterogeneo di cause e ragioni (tra le quali, innanzitutto, l'insufficiente sensibilità culturale e lo scarso interesse delle forze politiche di volta in volta dominanti a impegnarsi nel difficile e divisivo compito di riscrivere l'intero codice penale; e la loro opportunistica e ricorrente tendenza invece - oltre a non prendere sul serio il costituzionalismo penale - a strumentalizzare la funzione punitiva per scopi contingenti di governo politico, delegando di fatto al potere giudiziario il contrasto o la gestione di fenomeni negativi che risulterebbe più difficile o scomodo affrontare con interventi di competenza della politica; oppure - come di frequente è accaduto e a tutt'oggi accade - in chiave securitaria per lucrare consenso elettorale da parte dei cittadini più allarmati dalle reali o presunte emergenze criminali di turno)».