

I GIUDIZI DI PERICOLOSITÀ NELLE MISURE DI SICUREZZA E DI PREVENZIONE^(*)

di Marco Pelissero

La presenza nel sistema penale di due istituti che perseguono identici scopi preventivi (misure di sicurezza e misure di prevenzione) non deve far dimenticare che si tratta misure che presentano presupposti diversi e differenti profili di frizione con le garanzie costituzionali. Dall'evoluzione del sistema normativo, sul piano sia legislativo che giurisprudenziale, emerge una forte divaricazione tra le funzioni delle misure di sicurezza in relazione ai loro destinatari, privilegiando ora la difesa sociale, ora le esigenze educative ora quelle terapeutiche. Oggi sono ben più pervasive le misure di prevenzione che presentano presupposti oggettivi e soggettivi più ampi, il cui accertamento è rimesso all'ampia discrezionalità giudiziale che solo in parte è contenuta dalla c.d. lettura tassativizzante delle figure di "pericolosità generica". Tuttavia, la categoria della pericolosità sociale non è solo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione personali, ma è ampiamente utilizzata nel sistema sanzionatorio, il che rende difficile abbracciare prospettive di riforma del sistema penale che facciano a meno di questo giudizio.

SOMMARIO: 1. I giudizi di pericolosità: incertezza ontologica e criteri di giudizio. – 2. Alla ricerca di una nozione unitaria di pericolosità sociale. – 3. Pericolosità sociale o bisogno di cura? Una antinomia più apparente che effettiva nelle misure terapeutiche di tipo sanitario. – 4. I fattori rilevanti per i giudizi prognostici: il ruolo dell'art. 133 c.p. – 5. Il metro del giudizio di accertamento della pericolosità psichiatrica. – 6. Il giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica nella disciplina delle misure di prevenzione. – 7. Possiamo fare a meno dei giudizi di pericolosità sociale? Per una strategia di contenimento della prevenzione.

1. I giudizi di pericolosità: incertezza ontologica e criteri di giudizio.

Attraverso i giudizi di pericolosità nell'ambito delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione il legislatore rimette all'autorità giudiziaria valutazioni complesse. I profili critici risiedono anzitutto nella incertezza della valutazione prognostica: nella prevenzione il tema della certezza del diritto si pone «in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale», perché «la certezza del diritto è qui certezza delle premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per

^(*) Il contributo riproduce il testo della relazione tenuta dall'Autore al Convegno "Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali", tenutosi a Firenze il 9 e 10 maggio 2024.

l'ordinamento giuridico, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce»; la prognosi di comportamenti futuri non è mai il frutto di un giudizio di certezza, ma, al più di un giudizio di probabilità»¹. A questa incertezza, per così dire, ontologica, si aggiunge il fatto che la valutazione rimessa al magistrato si incardina entro istituti che entrano in frizione con diversi principi costituzionali, pur dovendo riconoscere che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, come indicherò, ha indubbiamente accresciuto le garanzie individuali.

Le misure di sicurezza sono accusate di esprimere un diritto penale d'autore e delle classi pericolose attraverso la tipizzazione di figure di pericolosità sociale che sono gli storici antesignani del moderno diritto penale del nemico (non è un caso che durante il nazionalsocialismo la misura di sicurezza detentiva fu introdotta per i delinquenti abituali pericolosi)²; emergono le criticità del sistema sanzionatorio a doppio binario nel quale l'applicazione congiunta di pena e misura di sicurezza, specie detentiva, ai soggetti imputabili si palesa una truffa delle etichette, mentre per i soggetti non imputabili spesso l'internamento nei manicomi giudiziari, prima, e negli ospedali psichiatrici giudiziari, si è tradotto in ergastoli bianchi per i soggetti non imputabili. Le misure di prevenzione personali sono considerate pene del sospetto³ e comportano anch'esse una truffa delle etichette, perché lo scopo preventivo può nascondere contenuti punitivi. Da un punto di vista criminologico, entrambe le misure esprimono meccanismi di controllo che producono esclusione, etichettamento e marginalizzazione.

Peraltro, che i giudizi di pericolosità o di recidivismo, volendo usare una espressione meno connotante sul piano valoriale, non siano in crisi è dimostrato dal fatto che la pericolosità è diventata categoria pervasiva⁴ e servente allo sviluppo del diritto penale simbolico, perché è un'etichetta che canalizza agevolmente, specie nella comunicazione pubblica, i bisogni di assicurazione collettiva sull'attivazione di argini per tutelare la gente per bene dai soggetti ritenuti pericolosi, secondo la logica identitaria che ha bisogno dell'«altro» per affermare se stessa. Quanto più si insiste sull'alterità, tanto più si giustifica l'estensione del controllo. Già negli anni '90 la *New Penology* americana attribuiva al diritto penale il compito di gestire i gruppi pericolosi e non è lontano da questa prospettiva lo sviluppo delle misure di prevenzione del Daspo urbano e, più recentemente, di quello urbano a tutela della sicurezza pubblica.

Sarebbe però scorretto legare i giudizi di pericolosità alle distorsioni funzionali del sistema penale e ritenere, pertanto, che la categoria della pericolosità debba essere

¹ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, 633.

² Sul carattere securitario delle misure di prevenzione, v. G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2027, 505 ss.; A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022, 36 ss.

³ Nel 2016 l'Associazione italiana dei professori di diritto penale dedico il convegno nazionale al tema delle misure di prevenzione: *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.

⁴ Sulla presenza della categoria nei diversi ambiti del sistema sanzionatorio, v. C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, Pisa, 2024, 59 ss.; M. CAREDDA – G. FIORILLI – P. GONNELLA – A. MASSARO – A. RICCARDI – M. RUOTOLO – S. TALINI (a cura di), *Pericolosità sociale*, Napoli, 2026, *passim*; M. PAVARINI – L. STORTONI, *Pericolosità sociale e giustizia penale*, Bologna, 2013, *passim*.

abbandonata perché inscindibilmente connessa a logiche del controllo penale che spesso tracimano in violazione di principi costituzionali. Dobbiamo, infatti, partire dal dato – credo inconfutabile – secondo il quale questa categoria è connessa all’abbandono della funzione retributiva della pena come elemento fondante della potestà punitiva, e all’accoglimento della funzione rieducativa, di cui la pericolosità costituisce il lato oscuro. Ogni riflessione sviluppata sulle funzioni della pena che si ponga in termini dialogici con l’autore del reato in vista di un percorso di risocializzazione implica sempre una riflessione sulle modalità che consentono di perseguire questo obiettivo, contenendo il rischio di recidiva.

Anche nell’impostazione, a volte ottimisticamente irenica, della riforma Cartabia, la pericolosità sociale entra espressamente tra i criteri che il giudice di cognizione deve seguire per valutare se condannare ad una pena sostitutiva e quale indicare: il novellato art. 58 l. 689/1981 rimette al giudice il potere di applicare, qualora non ordini la sospensione condizionale della pena, *«le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati»*. La riforma esplicita, nell’ambito delle pene sostitutive, quel che già oggi accade in sede di deliberazione sulla concessione delle misure alternative, bilanciando la prospettiva rieducativa con l’esigenza di prevenire la commissione di reati.

Occorre dunque muovere dal presupposto che i giudizi di pericolosità, pur con la loro flessibilità, sono ineliminabili e presentano una ontologica maggiore incertezza rispetto ai giudizi sulla sussistenza del fatto: questa differenza non è marginale, perché ha a monte la giustificazione di diversi livelli di determinatezza a seconda che si abbia a che fare con la tecnica di costruzione di una norma incriminatrice o con la definizione dei destinatari delle misure di prevenzione⁵. È una differenziazione ripresa dalla Corte costituzionale che ne ha tratto una conseguenza sul contributo della giurisprudenza nella definizione delle figure di pericolosità sociale ex art. 1 d. lgs. 159/2011⁶.

Quando la pericolosità sociale entra come criterio di commisurazione o di sostituzione della pena, opera sempre entro il perimetro di pene di durata determinata in relazione a fatti accertati attraverso un giudizio di responsabilità personale; ci può essere anche in quest’ambito il rischio di un uso arbitrario del potere discrezionale, ma questo rischio è, potremmo dire, calmierato da un orizzonte di pena temporalmente definito. Lo stesso vale anche quando questi giudizi entrano nella valutazione sulle pene sostitutive e sulle misure alternative, perché i percorsi extracarcerari operano comunque entro il limite di pena fissato nella sentenza definitiva di condanna. Invece, quando entrano in gioco gli istituti delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione, i giudizi di pericolosità sociale mostrano maggiore insidiosità: emerge la loro pericolosità, il rischio che sviluppino politiche securitaria con compressione delle libertà individuali sulla base di presupposti incerti, appagando forse il senso di sicurezza collettivo, ma senza conferme sul piano dell’effettiva efficacia preventiva. Quando, invece, si tratta di

⁵ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione*, cit., 633.

⁶ Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 4.

misure di sicurezza, i giudizi prognostici sfondano il limite di garanzia della pena proporzionata al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, perché possono giustificare privazioni o limitazioni della libertà personale, ulteriori rispetto alla pena scontata, in nome della geometrica funzionalità del doppio binario che la Corte costituzionale ha ancora di recente riconfermato, in modo un po' troppo sbrigativo, nella sentenza n. 197/2021 che ha riconosciuto la compatibilità del regime ex art. 41-*bis* ord. penit. con lo status di internato: le due sanzioni possono essere applicate ad uno stesso autore di reato, perché la pena è retta dal principio di proporzionalità che «implica una stretta correlazione tra il fatto, nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, e la conseguente punizione», mentre nelle misure di sicurezza «la proporzionalità dipende da un complessivo giudizio di congruità e non eccessività rispetto allo scopo di prevenire ulteriori attività criminali dell'interessato» e la loro applicazione, pur essendo condizionata «non ha perciò alcuna funzione retributiva, mentre deve fronteggiare un fenomeno di pericolosità ormai considerato per sé stesso»⁷.

Quanto poi si tratta di misure di prevenzione, la prognosi di pericolosità si ancora a fattispecie di pericolosità che rimangono ancora molto, troppo, generiche come quelle descritte all'art. 1 d. lgs. 159/2011 la cui efficacia preventiva non è stata granché scalfita dalla Corte costituzionale: con la sent. 24/2019 è stata dichiarata l'incostituzionalità della lett. a) ai fini dell'applicazione delle misure più invasive della sorveglianza speciale, sequestro e confisca, ma è stata mantenuta la lett. b), salvata valorizzando l'interpretazione tassativizzante proposta della giurisprudenza; permane, infine, la lett. c), ampliata anche dal collegamento con la disciplina del Daspo urbano, perché sono richiamate «*le reiterate violazioni [...] dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa*» come elementi di fatto necessari per individuare le persone dedite «*alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*».

Se così è, allora nelle misure di sicurezza e di quelle di prevenzione i giudizi di pericolosità sociale possono attribuire al giudice una discrezionalità così ampia da trasformarsi in arbitrio, dominato dall'incontrollabile intuizionismo giudiziario condizionato da esigenze di prevenzione speciale negativa. Il problema diventa allora quello di individuare criteri idonei a contenere gli effetti espansivi del controllo penale *post* e *praeter crimen*. L'interrogativo si sposta sul versante dell'esercizio della discrezionalità.

Scrive Bricola che la discrezionalità è «il frutto dell'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta differenti significati di valore o di disvalore del fatto tali da condizionare un certo trattamento giuridico penale, nonché i differenti tipi criminologici capaci di realizzare in concreto la fattispecie legale»⁸; «la discrezionalità è sempre il rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative»⁹.

⁷ Corte cost. 21 ottobre 2021, n. 197.

⁸ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, 1965, 99 (ripubblicato nel 2024 da Roma Tre-Press nella collana *La memoria del diritto*).

⁹ F. BRICOLA, *op. cit.*, 143.

La discrezionalità è, dunque, rinvio necessitato al giudice del caso concreto e nei giudizi di pericolosità tale rinvio è anche costituzionalmente imposto dal rispetto dell'art. 3 Cost., come conferma la giurisprudenza costituzionale che nella disciplina delle misure di sicurezza ha anticipato il definitivo superamento delle presunzioni di pericolosità. Tuttavia, il passaggio alla pericolosità accertata in concreto dal giudice impone di individuare i criteri per il suo esercizio per non scivolare nell'intuizionismo puro; è necessario, pertanto: individuare il presupposto fattuale sul quale incardinata la prognosi; delimitare l'oggetto della prognosi; indicare un metro di giudizio falsificabile; definire le finalità che sorreggono gli istituti nei quali interviene il giudizio di pericolosità (diverso è lo scopo della valutazione prognostica quando è espresso in sede cautelare o in vista dell'applicazione di una misura alternativa, o di una misura di sicurezza, disposta in via provvisoria o definitiva, o quando si dispone una misura di prevenzione).

A questi criteri sostanziali si deve affiancare la garanzia giurisdizionale della motivazione, che non colma, tuttavia, eventuali deficit nei criteri sostanziali che devono sorreggere i giudizi.

2. Alla ricerca di una nozione unitaria di pericolosità sociale.

Guardando ai presupposti sostanziali che delimitano il potere discrezionale del giudice, mi pare difficile proporre una nozione unitaria di pericolosità sociale valida per misure di sicurezza e di prevenzione. Alla luce della formulazione normativa, le prognosi richieste nei due ambiti appaiono differenti, perché alla pericolosità sociale ex art. 203 c.p. si contrappone il pericolo per la sicurezza pubblica nelle misure di prevenzione. La differenza terminologica è, tuttavia, superata dalla giurisprudenza che interpreta il più generico riferimento alla sicurezza pubblica come pericolo di commissione di reati¹⁰, come ha ancora di recente confermato la Corte costituzionale in relazione alla disciplina del Daspo urbano che consente di disporre il divieto di accesso a determinati luoghi in presenza di reiterazione delle violazioni dei divieti di allontanamento ex art. 9 l. 48/2017, «qualora dalla condotta tenuta possa derivare pericolo per la sicurezza» (art. 10 comma 2 l. 48/2017): il divieto di accesso può essere applicato solo quando il comportamento del soggetto risulti «concretamente indicativo del pericolo che la sua presenza può ingenerare per i fruitori della struttura (ad esempio, in ragione dell'atteggiamento aggressivo, minaccioso o insistentemente molesto nei loro confronti)»¹¹.

¹⁰ F. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, 2021, 77 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 341 ss.

¹¹ Corte cost. 25 marzo 2024, n. 47, annotata da F. D'ERRICO, *La Consulta salva il Daspo urbano. Criticità di sistema e incongruenze ermeneutiche della sentenza n. 47/2024*, in questa *Rivista*, 2024, 1029 ss.; P. RAFAIANI, *Daspo urbano: una prevenzione senza decoro? Nota alla sent., n. 47/2024 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 12/2015, 97 ss.

Di recente Fabio Basile ha provato, con rigore, a giustificare l'unità di giudizio tra le due prognosi in ragione di alcuni elementi di assimilazione tra le due misure¹². Sebbene il chiaro autore abbia svolto le sue argomentazioni in termini fortemente problematizzati, lasciando aperti molti profili dubitativi, diventa non di meno, a mio avviso, difficile giungere ad una nozione unitaria, perché unico elemento davvero comune alle due misure è lo scopo di prevenire la commissione di reati, *post o praeter delictum*, profilo valorizzato dalla Corte costituzionale al fine di assimilare le due misure sul piano della disciplina della successione di leggi penali nel tempo¹³.

Il mero riferimento alla probabilità di commissione di reati non è collante sufficiente ad esprimere un medesimo contenuto di disvalore relativo alla personalità dell'autore, perché sono diversi i parametri sui quali si fonda la discrezionalità del giudice; se questa disomogeneità è ben percepibile nel rapporto tra misure di sicurezza e misure di prevenzione personali, emerge anche all'interno delle diverse tipologie di misure di sicurezza, nonostante la formulazione unitaria dell'art. 203 c.p. per le ragioni che indicherò.

3. Pericolosità sociale o bisogno di cura? Una antinomia più apparente che effettiva nelle misure terapeutiche di tipo sanitario.

Nella disciplina delle misure di sicurezza la categoria della pericolosità sociale ha retto sul piano della evoluzione del sistema a doppio binario¹⁴, anzi il potere discrezionale del giudice ha assunto un ruolo centrale dopo il 1986, quando l'abolizione di tutte le ipotesi di pericolosità sociale presunta ha consentito di superare il vulnus dell'art. 3 Cost., a costo peraltro della maggiore incertezza del presupposto soggettivo rimesso al potere discrezionale del giudice. Nello sviluppo della disciplina, i giudizi di pericolosità sociale hanno assunto significati sempre più divergenti a seconda che siano riferiti agli autori di reato pienamente imputabili o a quelli con capacità assente o diminuita.

Per i condannati imputabili la pericolosità, e la connessa disciplina sanzionatoria, si è consolidata in chiave securitaria: non esito a definire le trecento persone ancora internate in colonia agricola o casa di lavoro i paria del sistema sanzionatorio, con la persistenza della funzione di difesa sociale che aveva giustificato il doppio binario nel 1930. In questi casi la prognosi è essenzialmente funzionale alla difesa sociale ed il giudizio è rimesso in fase processuale al giudice che non può avvalersi della perizia criminologica (art. 220 c.p.p.), sicché prevale inevitabilmente un approccio

¹² F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 955 ss.

¹³ Corte cost. 6 dicembre 2013, n. 291.

¹⁴ Sull'evoluzione della categoria, v. di recente i contributi di A. MASSARO, *Pericolosità sociale e sistema penale: la dialettica tra reato e reo* e S. TALINI, *La rilevanza costituzionale delle matrici storico-filosofiche della pericolosità sociale*, in AA.VV., *La pericolosità sociale*, cit., 14 ss. e 157 ss.; F.M. de Martino, *Le misure di sicurezza detentive. Tra dommatica e politica criminale*, Torino, 2025, 92 ss.

intuizionistico ai limiti di «una vera e propria profezia»¹⁵ e le misure sono prive di qualsiasi contenuto risocializzante che dovrebbe, invece, essere presente per garantire la speranza di cessazione di una misura senza tempo e senza limite massimo di durata, laddove i reati presupposto sono puniti con la pena dell'ergastolo. Si consuma uno scandalo costituzionale attraverso la truffa delle etichette di una privazione della libertà personale che prosegue oltre il fine pena, giustificando la compressione di un diritto fondamentale con la prevenzione del rischio di recidiva, una volta esaurita la funzione di limite della colpevolezza per il fatto. Una geometria diabolica che la Corte costituzionale non ha, purtroppo, scalfito, quando ha salvato l'applicazione del regime ex art. 41-bis ord. penit. anche agli internati¹⁶.

Invece, in relazione alle misure di sicurezza per autori non imputabili o con imputabilità diminuita per vizio di mente (e categorie assimilate) abbiamo assistito al mutamento della pericolosità sociale quale effetto della sanitarizzazione dell'esecuzione delle misure di sicurezza e del rapporto di sussidiarietà del ricovero in REMS rispetto alla libertà vigilata con prescrizioni di tipo terapeutico per effetto degli interventi della Corte costituzionale, successivamente recepiti dalla riforma che ha portato alla chiusura degli OPG (leggi nn. 9/2012 e 81/2014). Anche se il presupposto soggettivo che fonda l'applicabilità di queste misure continua ad essere il giudizio ex art. 203 c.p., la funzione di difesa sociale è filtrata dalla necessità di avviare percorsi terapeutici, strutturati in modo che l'applicazione della misura detentiva scatti solo quando sia strettamente necessaria e di durata quanto più contenuta per dare prevalenza alla libertà vigilata terapeutica.

C'è, dunque, antinomia tra presupposto applicativo ed articolazione delle misure? O l'articolazione in chiave sanitaria dell'esecuzione finisce per modellare anche il giudizio di pericolosità sociale?

Proverò a rispondere, partendo dalle riflessioni della dottrina penalistica e della psichiatria forense sul presupposto giustificativo per l'applicazione delle misure di sicurezza.

È noto come la dottrina italiana sia divisa sul presupposto di applicazione delle misure di sicurezza, in quanto, in prospettiva *de iure condendo*, si è proposto di sostituire questa discussa categoria con il bisogno di cura. Questa discussione investe ovviamente le misure di sicurezza di tipo terapeutico e, quindi, l'opzione in favore del bisogno di cura potrebbe essere accolta solo rispetto a queste o in un sistema che vedesse la limitazione dei destinatari di tali misure ai soli autori di reato affetti da infermità mentale; non è un caso che il richiamo al bisogno di cura sia stato richiamato in alcune proposte di riforma della parte generale del codice penale che prevedono esclusivamente misure di sicurezza per soggetti non imputabili. Invece, in un sistema,

¹⁵ C. PAONESSA, *op. cit.*, 68; si vedano i convincenti rilievi critici di T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 80 ss.

¹⁶ Corte cost. 21 ottobre 2021, n. 197. Sulla sentenza v. F. FIORENTIN, *Il "carcere duro" e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 4 febbraio 2022; M. PELISSERO, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di Pandora*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 1223 ss.

come l'attuale, che prevede misure di sicurezza destinate anche a soggetti imputabili, o si mantiene un presupposto unitario tra i diversi destinatari delle misure, e allora non è possibile prescindere dalla valutazione del rischio di recidiva, o si rompe l'unicità del presupposto soggettivo di applicazione delle misure di sicurezza, diversificandolo in relazione ai loro destinatari (soluzione del tutto ragionevole).

In favore del requisito del bisogno di cura assume rilievo la centralità della giustificazione terapeutica che valorizza i diritti inviolabili dell'uomo e in particolare il diritto alla salute (artt. 2 e 32 Cost.)¹⁷. L'abbandono della pericolosità sociale consentirebbe di spezzare il legame della stessa con la malattia mentale, solo in parte superato dalla riforma Basaglia e generatore di pregiudizio e di marginalizzazione del paziente psichiatrico, che somma le devianze di essere malato ed autore di reato. In questa direzione si è, ad esempio, mosso il progetto Pisapia del 2007 di riforma della parte generale del codice penale che per gli autori di reato non imputabili prevede l'applicazione di misure di cura e di controllo «applicate tenendo conto della necessità della cura» (art. 21, lett. g).

Dall'altro lato, in favore del mantenimento della pericolosità sociale, letta in chiave meno etichettante come rischio di recidiva, milita il fatto che la giustificazione del controllo penale non può risiedere in esigenze terapeutiche, ma deve trovare fondamento nella funzione preventiva propria del controllo penale che non può essere medicalizzato: anche quando la misura si caratterizza in fase esecutiva in termini di progetto terapeutico, l'intervento del giudice penale si giustifica sempre e solo laddove sussista, unitamente ad una esigenza terapeutica, il rischio di reiterazione di fatti criminosi, in assenza del quale il controllo penale perderebbe la propria legittimazione¹⁸. In questa direzione depongono le pronunce n. 253/2003 e 367/2004 nelle quali la Corte costituzionale aveva valorizzato "cura e controllo" come polarità "inscindibili" per l'applicazione di una misura di sicurezza personale a persone non imputabili.

In favore di questa soluzione depone anche il raffronto con altri ordinamenti europei nei quali l'applicazione di misure di sicurezza terapeutiche si giustifica laddove ci sia l'esigenza di contenere il rischio di recidiva, qualificato con diversa terminologia nei diversi sistemi¹⁹; anzi, rispetto agli autori di reato emergono linee di intervento assimilabili all'impostazione manicomiale che in Italia è stata superata dall'abolizione

¹⁷ In tal senso v. M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, 459 ss.; ID., *Il nuovo volto dell'imputabilità penale. Dal modello positivistico del controllo sociale a quello funzionale-garantista*, in *Ind. pen.*, 1998, 412 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 75, 230 ss.; ID., *Diritto penale e psichiatria di fronte alla malattia mentale*, in *Rass. it. crim.*, 2000, 339 ss.; ID., *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1426 ss.; ID., *Sull' "abolizione" degli ospedali psichiatrici giudiziari: pericolosità sociale o bisogno di terapia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1329 ss.; M.T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Dir. pen. contemp.*, 19 novembre 2012.

¹⁸ D. PULITANO, *La disciplina dell'imputabilità tra diritto e scienza*, in *Leg. pen.*, 2006; p. 256; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., 179; ID., *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1284.

¹⁹ Per una analisi comparata, v. M. PELISSERO – L. SCOMPARI – G. TORRENTE, *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, Napoli, 2022.

degli ospedali psichiatrici comuni, prima, e giudiziari, poi, in linea con l'approccio basagliano negli interventi sanitari sulla salute mentale.

I progetti di riforma della parte generale del codice penale hanno avanzato proposte eterogenee. Il testo elaborato dalla Commissione Pagliaro si orienta in termini tradizionali, indicando come principio di legge delega la previsione della «dichiarazione di pericolosità sociale nei confronti dei soggetti totalmente non imputabili autori di più reati o di un unico reato di particolare gravità, sempre che tali reati siano manifestazione della causa di non imputabilità» (art. 36).

Ugualmente incentrato su questa categoria è il progetto di riforma della Commissione Nordio che prevede misure di controllo e di cura «applicate al non imputabile ove persista lo stato di pericolosità sociale, determinato dall'incapacità di intendere e di volere, che lo ha portato a commettere il fatto previsto dalla legge come reato» (art. 51). Al dettato generico dell'art. 203 c.p. si sostituisce una descrizione più specifica delle condizioni per formulare la prognosi, delimitata dalla tipologia dei reati-presupposto (reato contro la vita o contro l'incolumità, individuale o pubblica, o comunque caratterizzato dalla violenza nei confronti di persone) e dai reati attesi, dei quali il progetto richiede la connessione con l'infermità e l'appartenenza alla stessa specie di quelli che giustificano l'applicazione della misura (art. 52).

In una prospettiva parzialmente diversa si pone il progetto della Commissione Grosso che valorizza il binomio cura/controllo: «Misure di sicurezza e riabilitative possono essere applicate, in conformità alle disposizioni di questo capo, agli autori di delitto, che siano stati prosciolti perché non imputabili, quando la misura risponda a un bisogno di trattamento e di controllo, determinato dal persistere delle condizioni di incapacità che hanno dato causa al delitto» (art. 96). Si tratta di una formulazione che, tra i vari progetti proposti, appare, per sintesi ed efficacia, capace di valorizzare la connessione tra malattia, giudizio prognostico e finalità di cura e di difesa sociale.

Anche la psichiatria forense ha dato un contributo essenziale alla riflessione sulla categoria della pericolosità sociale. Superato il sistema manicomiale che attribuiva alla psichiatria una funzione di controllo del rischio di recidiva del malato di mente, anche attraverso un ampio ricorso ai mezzi di contenzione, la psichiatria ha valutato il quesito peritale sulla pericolosità sociale una forma di delega impropria di compiti propri della magistratura, in quanto l'art. 203 c.p. disciplina una categoria giuridica, il cui accertamento spetta al giudice penale e non al perito²⁰. Il contributo della psichiatria forense alla riflessione giuridica sta nell'aver evidenziato la complessità dei giudizi predittivi rispetto alle condotte attese, potendo la psichiatria limitarsi a valutare il rischio di scompenso psicopatologico con associati, probabili, agiti violenti; in altri termini la psichiatria non può dare risposte ad un quesito riferito alla generica probabilità di commissione di qualsiasi reato, perché al più riesce a dare indicazioni su possibili comportamenti violenti o reati connessi a specifiche forme di manifestazione della malattia, in presenza di uno scompenso psicopatologico rapportato a determinati quadri clinici e con un orizzonte temporale di previsione limitato. A complicare la prognosi, c'è

²⁰ U. FORNARI, *Temperamento, delitto e follia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 521 ss.

la consapevolezza della complessità dei fattori che, interagendo con la patologia, possono condizionare la genesi di una condotta aggressiva (fattori anamnestici, clinici, disposizionali e di contesto). Il rischio di reiterazione del reato è sempre “situazionale”, perché non può prescindere dallo specifico contesto nel quale il soggetto è inserito e alle variabili che possono intervenire ²¹. La necessità di considerare la patologia del soggetto nel contesto in cui la persona è inserita spiega la valorizzazione dei percorsi terapeutici, riabilitativi e risocializzativi in funzione di contenimento del rischio di recidiva: la psichiatria sottolinea la centralità della presa in carico, perché la cura offre un contributo per contenere i reati connessi alla malattia: in tal modo la pericolosità psichiatrica «si identifica con la necessità di cura, di tutela, di protezione e di controllo dal rischio psicopatologico»²².

Muovendo dagli sviluppi della dottrina penalistica e della psichiatria forense, possiamo notare che l’alternativa tra i due presupposti soggettivi riflette posizioni meno antinomiche di quanto possono apparire ad una prima lettura. Per un verso, la proposta di mettere al centro il bisogno di cura non fa venir meno la rilevanza del rischio di recidiva, perché la misura di sicurezza potrebbe essere applicata solo quando attraverso un percorso terapeutico sussista un rischio di recidiva che si vuole contenere attraverso la presa in carico del soggetto da parte dei presidi sanitari; dall’altro verso, la pericolosità sociale non può che essere declinata in chiave terapeutica in ragione dell’esecuzione di tipo sanitario che connota la vigente disciplina delle misure di sicurezza.

L’art. 203 c.p. continua ad essere il presupposto che giustifica l’applicazione di misure di sicurezza a carico del paziente psichiatrico autore di reato, ma va letto in chiave psichiatrico-terapeutica.

4. I fattori rilevanti per i giudizi prognostici: il ruolo dell’art. 133 c.p.

C’è una differenza fondamentale sul ruolo che l’art. 133 c.p. riveste in sede di commisurazione della pena e di giudizio sulla pericolosità sociale.

In entrambi i contesti, l’onnicomprendività dell’art. 133 c.p. si limita ad indicare al giudice di prendere in esame ogni possibile elemento relativo al reato e all’autore²³, ma il significato di quella norma va ricostruito alla luce degli scopi dello specifico istituto nel quale il potere discrezionale del giudice si incardina e leggendo la norma nel quadro dei principi costituzionali.

In sede di commisurazione della pena, da tempo la dottrina sottolinea come l’art. 133 c.p. incorra nel limite di indicare i criteri fattuali, tacendo sui criteri finalistici che

²¹ Sul punto la dottrina penalistica concorda con la psichiatria forense: M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., 289; A. GARGANI, *Misure di sicurezza*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G.A. De Francesco, in *Tratto teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2011, 474-475.

²² U. FORNARI, *Trattato*, cit., 187.

²³ F. BRICOLA, *op. cit.*, 79.

vanno desunti dagli scopi della pena, raccordando tra loro il principio di proporzionalità della pena con la finalità rieducativa²⁴.

In sede di prognosi, invece, il richiamo alla gravità del reato contenuto nell'art. 133 c.p. è apparso elemento equivoco da un punto di vista prognostico, perché potrebbe indurre un *bias* in relazione alla positività della prognosi connessa alla commissione del reato²⁵. Credo che l'onnicomprensività dei fattori di valutazione debba essere mantenuta, leggendo gli stessi alla luce del criterio finalistico della prevenzione del rischio di recidiva, condizionato, quando si tratta di applicare una misura a contenuto terapeutico, dalle esigenze di cura che consentono di contenere tale rischio. Non di meno, l'auspicio di Nuvolone di ricorrere a criteri diversi per l'esercizio del potere discrezionale nei giudizi di pericolosità sociale in parte già oggi si concretizza nelle misure terapeutiche, perché l'art. 1 d.l. 52/2014 conv. in l. 81/2014 ha integrato l'art. 203 comma 2 c.p. con alcuni criteri correttivi che assumono una importanza centrale.

In primo luogo, «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali»: questa precisazione valorizza la centralità dei piani terapeutici individualizzati che devono essere rapportati al singolo autore di reato, declinando così in chiave terapeutica la prognosi.

La centralità del profilo terapeutico è avvalorata dalla sussidiarietà della misura terapeutica custodiale, perché, ai sensi dell'art. 1 cit., il giudice dispone «nei confronti dell'infermo di mente e del semiinfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e di custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale». L'accertamento, prosegue la disposizione, è effettuato «sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, n. 4, del codice penale», ossia senza considerare le condizioni di vita individuale, familiare e sociale dell'autore del reato. Su questa delimitazione dei fattori utilizzabili nell'accertamento prognostico è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale che ha salvato la norma, chiarendo che il giudizio di pericolosità non è mutato e va accertato attraverso tutti gli elementi indicati nell'art. 133 c.p. e che, solo ai fini dell'applicazione delle misure privative della libertà personale (ricovero in REMS), la prognosi non può fondarsi del contesto esterno nel quale la persona andrebbe a collocarsi²⁶. Si tratta di una posizione che non ha convinto

²⁴ La questione è stata ampiamente sviluppata nella monografia di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979; dello stesso autore v. anche la voce, *Potere discrezionale del giudice (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 744 ss.

²⁵ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 409, P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, 387 ss.

²⁶ Su questa sentenza v. A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in *Arch. pen.*, 2015, p1 ss.; M.T. COLLICA, *La riformata pericolosità sociale degli infermi non imputabili o semiimputabili al vaglio della Corte costituzionale: una novità da ridimensionare*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016, 416 ss.

nella misura in cui propone una lettura della categoria condizionata solo dai fattori personali, in particolare quelli patologici, come se questi ultimi fossero assorbenti a prescindere dal contesto nel quale il soggetto si colloca²⁷. Al contempo, però, la soluzione data dalla Consulta ha una sua ragionevolezza, in quanto ha inteso evitare i giudizi di “pericolosità sociale latente”, ossia non rilevabile sino a che la persona rimane in struttura, ma passibile di esternazione per effetto dei fattori presenti nel contesto esterno²⁸; in tal modo, si è data una lettura della norma in funzione di garanzia del soggetto il cui *status libertatis* non può essere compresso per effetto di fattori esterni da lui non dipendenti.

Ne consegue che il giudizio di pericolosità non costituisce un potere libero del giudice, ma una valutazione rigidamente orientata dalle finalità costituzionali della misura, dalla sussidiarietà della risposta custodiale, dalla centralità delle esigenze terapeutiche, nonché dal rispetto delle garanzie personali.

Questa impostazione mostra quanto la valutazione sia necessariamente condizionata dalla tipologia di misure previste in funzione di prevenzione del rischio di recidiva. Il ricovero in REMS e la libertà vigilata con prescrizioni terapeutiche sono attribuite alla gestione della sanità, sebbene i provvedimenti di ammissione, cessazione o modificazione delle prescrizioni siano di competenza dell'autorità giudiziaria, perché il titolo che giustifica la compressione o la limitazione della libertà personale rimane di natura penale: peraltro, il fatto che la gestione del malato, in strutture chiuse o nell'ambito di programmi in libertà, sia riservata ai servizi territoriali di salute mentale implica la modificazione dei criteri per la formulazione del giudizio: *la pericolosità non può che essere declinata in termini psichiatrici*, ossia come rischio di agiti violenti a seguito di possibili scompensi psichici pronosticabili nell'ambito del quadro clinico del paziente, valutando la complessità dei fattori individuali, il contesto nella quale questi operano e, soprattutto, i percorsi di presa in carico sul territorio da parte della sanità regionale²⁹. In base all'attuale disciplina, la difesa sociale, sulla quale è incentrato il presupposto soggettivo delle misure di sicurezza personali, passa anzitutto attraverso la soddisfazione delle esigenze terapeutiche ed è da queste limitata. Sono la flessibilizzazione delle misure di sicurezza personali e la loro sanitarizzazione in fase esecutiva ad aver impresso un significato diverso allo stesso presupposto soggettivo di applicazione. Bisogno di cura ed esigenze di controllo del rischio di recidiva, lungi dall'essere antitetici come vorrebbe parte della dottrina, operano congiuntamente, ma la

²⁷ F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in *Dir. pen. contemp.*, 11 dicembre 2014, 25; I. MERZAGORA, *Pericolosi per come si è: la (auspicata) chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari e la (discutibile) pericolosità sociale come intesa dal decreto-legge n. 53 del 31 marzo 2014*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 360.

²⁸ Sulle ragioni del legislatore e sulla proposta di una lettura *in bonam partem* della esclusione dei fattori esterni, v. F. SCHIAFFO, *op. cit.*, 15 ss.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 925. Sull'imprescindibilità dell'ambiente in cui il soggetto vive v. anche M. DI FLORIO, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa, 2020, 253. Sulla riforma v. altresì G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 611 ss.

²⁹ M.T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2009, 222 ss.

difesa sociale, ci ha ricordato la Corte costituzionale, non potrebbe «mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente», tanto che «ove in concreto la misura coercitiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario si rivelasse tale da arrecare presumibilmente un danno alla salute psichica dell'infermo, non la si potrebbe considerare giustificata nemmeno in nome di tali esigenze»³⁰.

5. Il metro del giudizio di accertamento della pericolosità psichiatrica

L'incertezza della prognosi di pericolosità sociale dipende dal fatto che ci misuriamo con valutazioni relative a future condotte umane³¹ rispetto alle quali l'attendibilità del pronostico è pari a quella del lancio di una moneta³². L'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice penale ha indotto a sviluppare una riflessione sui criteri utilizzabili per la prognosi³³.

In relazione alle misure di tipo terapeutico il reato presupposto deve essere espressione della patologia, tanto più dopo che le Sezioni unite hanno esplicitato la necessità del legame causale tra malattia e reato³⁴; più complessa è la valutazione prognostica in sede di applicazione delle misure di sicurezza per soggetti imputabili, perché qui il giudizio non può essere semplicemente ancorato alla gravità dei reati commessi, in quanto rispetto a questi fatti l'autore ha già subito l'applicazione di una pena e la pericolosità rischierebbe di essere l'ombra lunga di un doppione di retribuzionismo, mascherato da prevenzione speciale.

Quando ci interroghiamo sul metro del giudizio, entrano in discussione i metodi di accertamento della prognosi che presentano impostazione diverse, ma che partono dalla consapevolezza che il rischio di recidiva è condizionato da una pluralità di fattori di rischio che la criminologia differenzia in ragione delle loro caratteristiche. Alcuni fattori sono statici, ossia non modificabili, come nel caso dell'età, del genere o della pregressa carriera criminale. Altri fattori sono invece dinamici con profili di stabilità, perché possono variare nel tempo, producendo modificazioni stabili rispetto alla prognosi: si pensi ad un trattamento psico-terapeutico che può incidere su quelli che i criminologi chiamano i bisogni criminogeni, ossia quei «fattori di rischio psicologici che rimandano a caratteristiche della persona coinvolta in una carriera persistente e della

³⁰ Corte cost. 2-18 luglio 2003, n. 253.

³¹ A. GARGANI, *op. cit.*, 461; M. AMISANO TESI, *L'uso del linguaggio nella pericolosità. Concetto e applicazioni*, Milano, 2017, 52; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, Milano, 2009, 194; D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2021, 60.

³² Si vedano a riguardo i rilievi di G. ROCCA e C. BOSCO, *Tra pericolosità sociale e bisogno di cura: i difficili equilibri tra approccio giudiziale, concezione psicologica e concezione psichiatrica della pericolosità*, in *Dieci anni di REMS*, cit., 155 ss.

³³ V. da ultimo il quadro tracciato da E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021, 249 ss.; A. CAPUTO, *La pericolosità sociale. Vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della legge 30 maggio 2014, n. 81*, Roma, 2015, 137 ss.

³⁴ Cass., sez. un., 25 gennaio 2005, n. 9163.

sua situazione di vita e che possono essere modificati dall'intervento»³⁵. Infine possono intervenire fattori dinamici acuti che mutano rapidamente in relazione all'ingresso di fattori esterni, come l'assunzione di sostanze stupefacenti.

Partendo dalla consapevolezza della pluralità dei fattori di rischio che possono interagire con il comportamento, sono stati sviluppati diversi metodi per accertare la pericolosità sociale³⁶.

Ampiamente diffuso è il c.d. metodo intuitivo che in area psichiatrica è noto come approccio clinico non strutturato: il punto critico sta nel fatto che il giudizio, essendo affidato alla intuizione del giudice, non è controllabile, non essendo suscettibile di generalizzazioni e rimesso a decisioni impressionistiche. In particolare, queste criticità emergono in relazione all'accertamento della pericolosità dei soggetti imputabili, considerato che il giudice incontra il limite del divieto di perizia criminologica (art. 220 c.p.p.)³⁷, con ciò che ne consegue in termini di incertezza e di difficile controllabilità dell'esito del giudizio.

In termini differenti si muovono i metodi attuariali che individuano i predittori, attribuendo loro determinati punteggi che esprimono il rischio di recidiva, non rispetto alla generalità dei reati, ma a specifici reati, specie di quelli di tipo violento e predatorio³⁸. Questi metodi offrono il vantaggio di essere generalizzabili e controllabili, garantendo quindi maggiore affidabilità rispetto ai giudizi intuitivi; sono di ausilio per l'accertamento prognostico, assicurandone anche la maggiore speditezza sul piano dei tempi processuali. Resta il fatto che anche questo metodo non va esente da critiche, perché incorre nel limite di ogni generalizzazione fondata su dati statistici di confronto tra i tassi di recidiva in un determinato gruppo della popolazione, connotato da tratti comuni, rispetto alla restante parte della popolazione; in altri termini la generalizzazione del valore dei punteggi attribuiti ai diversi item e alla loro combinazione rischia di offuscare le specificità dell'individuo oggetto di valutazione, allo stesso modo in cui, nell'accertamento del nesso di causalità, la probabilità statistica non è dirimente rispetto alla probabilità logica. Ugualmente non si può trascurare il *bias* di affidarsi in modo fideistico all'indice numerico di percentuale del rischio, perché questo esito finirebbe per alterare il giudizio individuale e deresponsabilizzare il giudice.

³⁵ G. ZARA, *Tra il probabile e il certo*, in *Dir pen. contemp.*, 26 maggio 2016, 10.

³⁶ U. FORNARI, *Trattato di psichiatria forese*, Tomo I, Milano, 2021, 92 ss.; G. ROCCA, *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: infermità e pericolosità sociale nell'era post-opg*, in *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, a cura di A. Menghini e E. Mattevi, Trento, 2020, 57 ss.; G. PAVARIN, *Pericolosità sociale: il ruolo del magistrato di sorveglianza*, *ivi*, 103 ss.; M. DI FLORIO, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa, 2020, 222 ss.

³⁷ Sui rischi di tale metodo v. A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 78; M. AMISANO TESI, *op. cit.*, 122; in tal senso già E. MUSCO, *Le misure di sicurezza detentive*, Milano, 1979, 192 ss.

³⁸ G. ZARA, *Il risk assessment nella pratica forense. Checklist per la valutazione del rischio di recidiva (C-VRR): manuale di codifica*, Milano, 2026 (nel volume si possono leggere anche i contributi di M. PELISSERO, *Strumenti di valutazione del rischio di recidiva*; S. QUATTROCOLO, *Risk assessment, processo di cognizione, pene sostitutive: quali ingredienti per una ricetta innovativa sulla quale vale la pena riflettere*; G. ROCCA – F. SANTI, *La valutazione di precisione in psichiatria forense: verso modelli individualizzati di analisi e gestione del rischio*; M. ZUFFRANIERI, *Utilità degli strumenti di giudizio clinico strutturato nell'esecuzione delle misure di sicurezza*).

Più attendibile è, invece, il c.d. metodo professionale strutturato che utilizza i dati statistici nell'ambito di una valutazione clinica che rimane individualizzata, prestando particolare attenzione alle variabili modificabili, ossia ai percorsi rieducativi o terapeutici. Il confronto tra la generalizzazione degli studi empirici e le specificità della persona costituisce un passaggio essenziale, in quanto i fattori di rischio, presi di per sé, non consentono di stabilire connessioni tra gli stessi e la probabilità di agiti violenti rispetto ai fattori concomitanti ma privi di potenzialità criminogene.

In particolare, il metodo professionale strutturato valorizza nel giudizio prognostico la valutazione e gestione del rischio: il *risk assessment* deve essere integrato dal *risk management*. È su questo approccio che insistono oggi la psichiatria e la criminologia che sollecitano anche una formulazione del quesito peritale finalizzato a far emergere quali percorsi terapeutici e riabilitativi presentano una maggiore capacità contenitiva rispetto a condotte violente. Questo approccio non risolve tutte le questioni, in quanto sono stati elaborati, e continuano ad essere elaborati, molti metodi di *risk assessment*: l'utilizzo di uno o più metodi per valutare il rischio di recidiva richiede un'ampia condivisione nei settori della psicologia criminologica e della psichiatria sulla attendibilità di tali metodi. In altri termini, l'ingresso di questi metodi in area giuridica richiede che la discrezionalità giudiziale si conformi ai principi della sentenza Daubert che trovano rispondenza nella sentenza Cozzini che, in relazione all'accertamento del nesso di causalità in contesti complessi, si è soffermata sul rapporto tra decisione giudiziale e saperi esperti³⁹.

Allo stesso modo, il controverso ricorso alla genetica e alle neuroscienze come strumenti per l'accertamento della pericolosità sociale sconta l'assenza di consolidamento delle basi scientifiche di queste indagini che al momento attuale non assicurano giudizi attendibili⁴⁰. Non a caso, la giurisprudenza nelle poche pronunce in cui ha aperto l'accertamento di elementi del reato attraverso il sapere neuroscientifico, ha riconosciuto allo stesso un ruolo marginale di ausilio alla valutazione giudiziale⁴¹. Si tratta di una posizione solo in parte condivisibile: si può concordare sul fatto che le neuroscienze debbano mantenere il ruolo di ausilio per il giudice al quale è comunque rimessa la valutazione della complessità della vicenda concreta; non di meno, anche questo ruolo di parziale ingresso nel processo è sempre condizionato dalla attendibilità, nella comunità scientifica di riferimento, dell'indagine scientifica; ossia, se quest'ultima non ha acquisito ampio (non necessariamente unanime) riconoscimento nella comunità

³⁹ Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786.

⁴⁰ M.T. COLLICA, *La crisi*, cit., 18 ss.; O. DI GIOVINE, *Neuroscienze*, in *Enc. dir., Annali*, VII, 2014, 728; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, 173 ss.; M. BERTOLINO, *Problematiche neuroscientifiche tra fallacie cognitive e prove di imputabilità e di pericolosità sociale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 40 ss.; I. MERZAGORA BETSOS, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione all'imputabilità e ai giudizi di predittività*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 22; M. DI FLORIO, *op. cit.*, 225 ss.; S. TIGANO, *La seminfermità di mente. I diversi piani del giudizio*, Pisa, 2022, 243 ss. e 253 ss.

⁴¹ Sul tema si rinvia ai lavori monografici di O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-) scienze?*, Torino, 2019; ID., *Un diritto penale empatico. Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009; C. GRANDI, *op. cit.*, *passim*; M. DI FLORIO, *op. cit.*, *passim*.

scientifica di riferimento, anche il suo parziale ingresso nel processo penale è pregiudicato.

In questo contesto, non apro la riflessione sul ricorso agli algoritmi predittivi, perché il loro impiego aumentano le criticità del metodo attuariale, ma mi limiterò ad alcuni sintetici rilievi⁴²: *bias* nella individuazione dei fattori di rischio che, se condizionati da preconetti sociali di chi immette i dati, si riflettono sull'esito del giudizio prognostico, alterandolo in chiave discriminatoria; il grado di rischio che giustifica una misura di sicurezza implica un giudizio politico sull'utilizzo di strumenti preventivi *post delictum* e questa valutazione non può essere rimessa ad un tecnico, l'unico che riuscirà davvero a conoscere il funzionamento dell'algoritmo che apre ai problemi del *black box* e dell'intelligenza artificiale generativa che modifica nel tempo i parametri di giudizio in ragione del maggior numero di dati raccolti ed elaborati; vedo, infine, il rischio di una ulteriore de-individualizzazione del giudizio e della incidenza di *bias* cognitivi sulla affidabilità dei numeri che possono incidere occultamente sulla formulazione sul giudizio. Gli algoritmi predittivi possono al più fornire indicazioni standardizzate sulla combinazione tra i diversi fattori di rischio, ma pongono lo stesso problema che, in tema di causalità, solleva il passaggio dalla probabilità statistica a quella logica ed aprono al rischio di «favorire la predisposizione di tipi d'autore pericoloso o ripristinare presunzioni di pericolosità sociale di antica memoria, per la presenza di elementi che, analizzati tra loro, denotino – sulla base di massime di esperienza ammantate di valore scientifico predittivo di carattere psico-criminologico – un alto fattore di rischio di recidiva»⁴³.

Non a caso, il problema delle garanzie si è posto in sede di approvazione della direttiva sull'AI e nei conseguenti atti attuativi del regolamento europeo (art. 15 Reg. 2016/679/UE) e di disciplina interna: l'art. 15 della l. 132/2025 dispone che «Nel caso di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti». Il fatto che sia prevista una “riserva” di decisione in capo al magistrato contribuisce a contenere i rischi espansivi dei sistemi di AI nella giustizia penale.

6. Il giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica nella disciplina delle misure di prevenzione.

Quando ci spostiamo sul versante della prevenzione *praeter delictum*, il giudizio di pericolosità si complica, in ragione della maggiore incertezza della prognosi, pur

⁴² Per più ampie riflessioni, si rinvia a A.M. 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.*, 2021, 1ss.; M. FLORIO, *Calculate criminal law? Criticità nell'uso degli algoritmi di pericolosità sociale*, in *Leg. pen.*, 2023, 1 ss.; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, *Dir. pen. contemp.* – *Rivista trimestrale*, 2019, 401 ss.

⁴³ S. TIGANO, *op. cit.*, 245.

leggendo in termini ristretti il riferimento formale al pericolo per la sicurezza pubblica nei termini di probabilità di commissione di reati. Le difficoltà per il giudice si presentano sia per le misure personali, la cui applicazione è legata all'attualità del giudizio al tempo della loro applicazione, ed ancor più per quelle patrimoniali, perché la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, per salvaguardare la natura preventiva ed escludere il carattere sanzionatorio, richiedono comunque di riportare la prognosi al tempo dell'acquisto dei beni nel periodo in cui sussistono i fatti che fondano la fattispecie di pericolosità, generica o specifica⁴⁴. Cambia, tuttavia, il significato che assume l'applicazione della misura patrimoniale, letta in chiave di strumento di sottrazione della ricchezza illecitamente prodotta dall'economia illegale: si impone al giudice un accertamento, ora per allora, che è difficile differenziare dall'accertamento delle diverse figure tipizzate di pericolosità⁴⁵. La pericolosità permane formalmente anche nelle misure patrimoniali, per garantire la loro funzione preventiva ed escludere la natura punitiva⁴⁶, ma fortemente oggettivizzato sulla fattispecie di pericolosità, essendo «difficilmente immaginabile possa essere svolta in una dimensione del tutto proiettata nel passato, cioè al tempo in cui avvenne l'incremento patrimoniale»⁴⁷.

La giurisprudenza è giunta a richiedere un accertamento bifasico nelle misure di prevenzione⁴⁸: l'accertamento di tipo constatativo investe gli elementi di fatto che fondano la fattispecie di pericolosità descritta dal legislatore (artt. 1 e 4 d. lgs. 159/2011); l'accertamento di tipo prognostico, che, fondandosi su elementi di fatto, esprime una valutazione «sul probabile ripetersi di condotte antisociali»⁴⁹.

La giurisprudenza è puntuale nel richiedere per tutte le categorie tipizzate di cui all'art. 4 l'accertamento dell'attualità della pericolosità per l'applicazione di una misura di prevenzione personale: un giudizio attuale, concreto e specifico che va fondato su elementi di fatto che non devono consistere necessariamente in precedenti penali, ma possono essere tratti da un quadro di vita che consenta di fondare la prognosi. Il contesto probatorio di slabbra e la valutazione discrezionale inevitabilmente si amplia, perché il giudice può tenere conto anche delle pronunce che hanno dichiarato l'estinzione del reato o delle sentenze di assoluzione ex art. art. 530, comma 2, c.p.p., «ove risultino delineati, con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività, quei fatti che, pur ritenuti

⁴⁴ Sulla lettura tassativizzante v. R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 2017, 490 ss.; F. BASILE, *Manuale*, cit., 43 ss.; A. COSTANTINI, *La confisca*, cit., 111 ss.

⁴⁵ Ampiamente V. MONGILLO, *Le confische tra efficienza e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2026, 285 ss.; S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022, 113 ss.; T. TRINCERA, *Confisca senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

⁴⁶ Per una analisi delle diverse funzioni riconosciute alla confisca v. l'ampia e chiara indagine di V. MONGILLO, *op. cit.*, 72 ss.

⁴⁷ S. FINOCCHIARO, *Confisca*, cit., 60. Nello stesso senso Cass., sez. un., 26 giugno 2014 – 2 febbraio 2015, n. 4880 annotata da F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. contemp.*, 15 luglio 2015. Sulla questione v. anche A. COSTANTINI, *La confisca*, cit., 149 ss.

⁴⁸ F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole*, Napoli, 2022, 29 ss.

⁴⁹ Cass., sez. I, 8 marzo 2014, n. 23641.

insufficienti – nel merito o per preclusioni processuali – per una condanna penale, possono, comunque, essere posti alla base di un giudizio di pericolosità»⁵⁰. Il giudice incontra un unico limite nell'utilizzo delle pronunce giudiziali, costituito dalla sentenza definitiva di assoluzione, non dipendente da cause estintive⁵¹.

Dalla giurisprudenza emerge una forte svalutazione della prognosi che non si distingue dagli elementi che la fondano: in altri termini, la valutazione si appiattisce sulla fase constatativa, anche se formalmente viene ribadita la necessità di mantenere il giudizio binario per tutte le figure di pericolosità; se sussistono gli elementi di fatto assunti nella fase constatativa, allora è anche attuale il pericolo per la sicurezza pubblica. Diventa difficile lo uno scarto tra fattispecie di pericolosità e pericolo per la sicurezza pubblica.

Vanno tuttavia, segnalati due elementi di garanzia emersi nella giurisprudenza più recente.

In relazione alle fattispecie di pericolosità generica, svolge una funzione importante la giurisprudenza tipizzante della Corte di cassazione, valorizzata da ultimo anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24/2019 che ha salvato la figura dei soggetti che vivono abitualmente dei proventi di attività delittuose (art. 1 lett. *b*), dichiarando invece l'incostituzionalità della figura dei soggetti dediti a traffici delittuosi (art. 1, lett. *a*): la necessità che i fatti pregressi assumano carattere di delitti, che non siano limitati ad un unico episodio e che siano idonei a produrre profitto introducono per il giudice un limite alla discrezionalità, sebbene quei fatti non debbano risultare necessariamente da sentenze di condanna.

Il secondo elemento di interesse riguarda le fattispecie a pericolosità specifica, in particolare gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, rispetto ai quali la giurisprudenza non è univoca: a sentenze che richiedono sempre un accertamento in concreto del requisito⁵² si affianca una soluzione interpretativa che semplifica la prova della prognosi al tempo di applicazione della misura: «In tema di misure di prevenzione, il giudizio di pericolosità, basato sull'avvenuta emissione, nei confronti del proposto, di provvedimento restrittivo della libertà personale per associazione per delinquere di tipo mafioso e sul suo successivo rinvio a giudizio, è insito nell'indizio di appartenenza ad un'associazione che si prefigge di realizzare e mantenere il controllo di attività economiche attraverso la intimidazione sistematica e tale da creare una situazione di assoggettamento e di omertà»⁵³.

⁵⁰ Cass, sez. II, 25 gennaio 2023, n. 15704.

⁵¹ Cass, sez. I, 26 ottobre 2022, n. 4489.

⁵² Cass., sez. un., 30 novembre 2017-4 gennaio 2018, n. 111. Sulla questione si rinvia F. BASILE, *Manuale*, 82 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 327 ss.

⁵³ Cass., sez. II, 15 settembre 2023, n. 45854. In termini di presunzione semplice si esprime Cass., sez. I, 20 aprile 2022, n. 17530: «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di un soggetto condannato per il reato di associazione di tipo mafioso, per fondare il giudizio di sussistenza della pericolosità sociale, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità».

Ad ampliare la discrezionalità giudiziaria interviene anche la nozione di indizio di appartenenza all'associazione che non è limitato alla condotta di partecipazione, ma si estende al concorso esterno⁵⁴ che, se già pone problemi in sede di accertamento della responsabilità penale, diventa ancor più sfuggente, quando si misura con una base indiziaria.

In sede di applicazione delle misure di prevenzione il giudizio prognostico diventa molto intuitivo alla luce del quadro indiziario presente: per le misure di prevenzione personali si tratta di un giudizio di tipo securitario, non dissimile da quello che sta alla base delle misure di sicurezza per soggetti imputabili (tanto più se la giurisprudenza consolida la lettura tassativizzante delle fattispecie di pericolosità generica; per le misure di prevenzione patrimoniali, la valutazione, invece, è di tipo economico ed il giudizio prognostico diventa lo strumento per sottrarre beni di sospetta origine illecita).

L'attendibilità della prognosi non è garantita dalla necessità che sussistano elementi di fatto per ricondurre il proposto nell'ambito di una delle figure di pericolosità, come richiesto dalla riforma del 1988: gli elementi di fatto, sui quali insiste la giurisprudenza, sono imprescindibili per evitare che le misure siano applicate solo sulla base di meri sospetti, ma nulla dicono su come il giudice li debba leggere.

Vista dalla prospettiva dell'esercizio del potere discrezionale del giudice, la legittimazione delle misure di prevenzione diventa ancor più fragile di quella delle misure di sicurezza, perché i presupposti di applicazione sono molto più incerti e si contraggono le garanzie individuali.

7. Possiamo fare a meno dei giudizi di pericolosità sociale? Per una strategia di contenimento della prevenzione.

Il sistema sanzionatorio è impregnato di giudizi di pericolosità sociale che sono strettamente correlati alla funzione rieducativa della pena, come emerge dall'intero complesso delle forme di diversione rispetto alla pena detentiva che si misura con le prognosi rispetto al comportamento atteso. Certo terminologicamente sarebbe opportuno abbandonare il termine pericolosità sociale ed utilizzare un più asettico rischio di commissione di reati, perché verrebbe meno la portata stigmatizzante.

Il punto allora non è fare a meno dei giudizi prognostici nell'ambito delle pene, perché ciò implicherebbe il ritorno ad una rigida funzione retributiva della pena. Ad una diversa riflessione si spongono le misure di sicurezza e le misure di prevenzione.

Se non possiamo eliminare i giudizi prognostici, è necessario che il potere discrezionale del giudice sia contenuto entro spazi accettabili di ragionevolezza che impongono di contenerne drasticamente l'espansione della prevenzione *post e praeter delictum* nel sistema; si tratta di misure estreme del sistema e, in quanto tali, ne va fortemente contenuto l'ambito di applicazione. La soluzione abolizionista di queste

⁵⁴ Cass., sez. I, 23 giugno 2023, n. 42172.

misure appare difficilmente percorribile, soprattutto alla luce delle scelte di politica criminale che hanno consolidato le une e le altre: è significativo che la legge delega sulla riforma delle misure di sicurezza (l. 103/2017) prevedesse il mantenimento del doppio binario anche per i soggetti imputabili, nei cui confronti emergono le maggiori criticità, da tempo segnalate dalla dottrina (queste andrebbero eliminate in conformità ai progetti di riforma della parte generale del codice penale); le misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, registrano una progressiva espansione alla quale il legislatore non sembra voler rinunciare e che non è, se non marginalmente, contenuta dalla lettura in chiave tipizzante della fattispecie di pericolosità generica ex art. 1, lett. *b*) d lgs. 159/2011.

Credo che l'unica direzione percorribile sia quella di ridimensionare il sistema a doppio binario, mantenendolo per i soggetti non imputabili con infermità psichica e limitando l'apparato delle misure di prevenzione al solo contrasto alla criminalità organizzata, ma sono anche consapevole che si tratti di un auspicio che si scontra con i moderni indirizzi di politica criminale ad impronta securitaria.