

ANTICIPAZIONI

VINCENZO NICO D'ASCOLA

Stato democratico, leggi retroattive e prevenzione*

L'art. 11 delle preleggi stabilisce che il divieto di retroattività è caratteristica di ogni legge. Tuttavia, per le misure di prevenzione le Sezioni Unite della Corte di cassazione e la stessa Corte costituzionale, traendo spunto dalla pretesa retroattività delle misure di sicurezza nonché dalla ritenuta estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale, ne affermano l'applicazione retroattiva.

Il percorso argomentativo non sembra esente da critiche fondate, anche sul piano costituzionale. Né può tacersi che l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione conferisce loro un profilo marcatamente punitivo, quindi conflittuale con le finalità preventive loro assegnate.

Democratic State, retroactive laws and prevention

Art. 11 of the pre-laws establishes that the prohibition of retroactivity is characteristic of every law. However, for preventive measures, United Sections of the Court of Cassation and the Constitutional Court, drawing inspiration from the alleged retroactivity of the security measures as well as the deemed extraneousness of preventive measures to criminal law, affirm their retroactive application.

The argumentative path does not seem free from well-founded criticisms, even on the constitutional level. Nor can it be denied that retroactive application of prevention measures gives them a markedly punitive profile, therefore conflicting with their preventive purposes.

SOMMARIO: 1. Il divieto di retroattività come caratteristica di ogni legge. - 2. I primi punti fermi - 3. Il divieto di retroattività nel dialogo tra le Corti - 3.1. Irretroattività e diritto penale - 4. La presunta retroattività delle misure di sicurezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione - 4.1. L'inappropriato principio di 'assimilazione' - 4.2. L'equivoco insito nella ritenuta retroattività sfavorevole delle misure di sicurezza - 4.3. Significato e limiti della retroattività in tema di misure di sicurezza - 4.4. Natura e funzione delle misure di prevenzione - 5. Il caso deciso dalla sentenza *Spinelli* - 6. La retroattività è inconciliabile con ogni misura di carattere afflittivo e limitativo dei diritti. L'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione.

1. *Il divieto di retroattività come caratteristica di ogni legge.* Malgrado l'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile - norma che gode di rilevanza paracostituzionale - qualifichi l'irretroattività come nota caratteristica di ogni legge, il penalista, nell'interessarsi della nota questione concernente l'applicazione retroattiva di misure di sicurezza e di prevenzione, potrebbe trascurare questa disposizione, indotto nell'erronea convinzione di doversi esclusivamente concentrare sulla tutela di rango costituzionale dettata dall'art. 25 cpv. soltanto per il reato. Come se l'appena citato art. 11 non vi trovasse applicazione. Ma l'errore sarebbe evidente e per di più duplice.

In primo luogo perché la garanzia costituzionale oggi assume una portata più vasta per la maggiore ampiezza che si ritiene di attribuire al participio passato «punito» rispetto al più ristretto ambito costituito dalle conseguenze sanziona-

torie del «reato»¹.

In secondo luogo a causa della evidente necessità, per le materie di incerta collocazione sistematica come le misure di prevenzione, di porre al centro dell'attenzione i rigorosi limiti imposti alle leggi retroattive anche al di fuori del perimetro segnato dall'art. 25 cpv. Cost.

Da questa prospettiva è più facile comprendere che l'appartenenza di un certo settore alla materia penale ne comporta la sicura sottomissione al principio di irretroattività, così come accade anche nel caso di misure punitive ma non penali². Ma che tuttavia il predicato della irretroattività è proprio di "ogni" altra legge. In altri termini anche le leggi diverse da quella penale sono, in via di principio, irretroattive. Osservazione che pone la questione delle leggi eventualmente retroattive in termini di eccezione rispetto al principio contenuto nell'art. 11 delle preleggi. Quindi di individuazione dei limiti all'interno dei quali l'eccezione può essere consentita, nel quadro di un bilanciamento che la giustifichi.

Premesso pertanto che il divieto di irretroattività è costituzionalmente dettato per il solo diritto penale, occorre però chiedersi quale sia la sua reale latitudi-

*Lavoro destinato agli Scritti in onore del prof. Antonio Fiorella

¹ Come chiarito da Corte cost., n. 196 del 2010, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formata in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 C.E.D.U., si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, ritenuto desumibile anche dall'art. 25, co. 2, Cost. che, data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...»), può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, «il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile - in senso stretto - a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» (§ 3.1.5.).

Posto che anche per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto sussiste «l'esigenza della prefissione *ex lege* di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (Corte cost., n. 447 del 1988, § 4), e che la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulta pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (Corte cost., n. 78 del 1967, § 4), non si è mancato di affermare che pure la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati, di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, co. 1), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema.

² Non si allude soltanto al settore degli illeciti amministrativi punitivi, ma anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul concetto autonomo di *matière pénale* e alle relative conseguenze sulla qualificazione di determinati istituti, che - a far data dal celebre arresto *Engel e altri c. Olanda* - invitano a prendere le distanze dalle qualificazioni giuridiche degli ordinamenti nazionali, considerandole alla stregua di un punto di partenza di un giudizio ben più complesso, nel quale trovano spazio gli ulteriori criteri costituiti dalla natura dell'illecito e dalla natura e severità della sanzione.

ne al di fuori di questo privilegiato ambito³. In altri termini, osservare che il divieto di retroattività è costituzionalmente garantito per il reato, non giustifica la conclusione secondo la quale tutte le leggi diverse da quella penale possano liberamente disporre per il passato. Le disposizioni preliminari al codice civile infatti assumono la irretroattività quale caratteristica generale della legge e quindi di ogni legge. Potendo quest'ultima disporre soltanto per il futuro. La Corte costituzionale sin dal 1957 riconosce espressamente che il principio di irretroattività garantisce la certezza del diritto, lo definisce come uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile, pur affermando che la Costituzione lo tutela con esclusivo riferimento alla materia penale⁴. Nondimeno avremo modo di notare in seguito in quali limitati casi di stretta necessità la stessa Corte costituzionale autorizza il ricorso a leggi retroattive.

Sul punto dei limiti alle leggi retroattive è ancora più incisiva la giurisprudenza successiva della stessa Corte costituzionale, la quale «ha reiteratamente chiarito come al legislatore non sia (...) precluso di varare norme retroattive (sia innovative che di interpretazione autentica), purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscano altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU»⁵.

Del tutto simile è la giurisprudenza costituzionale formatasi con riferimento alle leggi di interpretazione autentica con efficacia retroattiva⁶. In materia di limiti ai casi di leggi retroattive, la Corte costituzionale richiama, in talune sue altre sentenze, la giurisprudenza della Corte EDU, allargando così l'ambito delle proprie decisioni sul punto. Si riporta infatti il già richiamato limite costituito dagli imperativi motivi di interesse generale, nonché quello – parimenti già citato – consistente nella necessità di tutelare principi, diritti o beni di rilievo costituzionale. Ma si segnala anche il rischio che leggi retroattive possano violare il principio costituzionale di uguaglianza. Si aggiunge pure, utilizzando il parametro del 'giusto processo' di cui all'art. 6 della Convenzione, che le leggi retroattive determinano l'intromissione del legislatore nell'amministrazione della giustizia e quindi possono influenzare la risoluzione di controversie giudiziarie in corso. A tale proposito sono citati i noti principi della Corte EDU in materia di parità delle armi e di «ragionevole possibi-

³ In questa fase preferiamo non specificare, quanto alla categoria della retroattività, il segno che la precede. Ossia se favorevole o sfavorevole, data l'appartenenza di una simile connotazione al diritto penale.

⁴ Corte cost., n. 118 del 1957, spec. § 2.

⁵ Corte cost., n. 156 del 2014, § 2.2.; Id., n. 308 del 2013, § 4.3.2.; Id., n. 78 del 2012, § 12.

⁶ Sul punto, cfr. Corte cost., n. 257 del 2011, spec. §§ 1 e 5.

lità di presentare il proprio caso in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte». È ovviamente ribadito il limite costituito dai «motivi imperativi di interesse generale»⁷.

Quanto poi alle leggi di interpretazione autentica, la Corte costituzionale, pur decolorandone la differenza rispetto alle leggi innovative retroattive, pone un ulteriore vincolo. Il significato attribuito alla legge interpretata non può essere qualsivoglia. Deve risultare in essa contenuto, in quanto «riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario»⁸.

La dottrina ha pure elaborato un *test* specifico per il controllo di costituzionalità delle leggi di interpretazione autentica. *Test* secondo il quale la legittimazione della loro efficacia retroattiva presuppone la oggettiva ambiguità del testo, al fine di evitare che a questo genere di leggi si ricorra per soddisfare il sopravvenuto interesse del legislatore alla modificazione del testo originario⁹.

In materia di retroattività delle leggi, la giurisprudenza della Corte EDU si ispira quindi a parametri ancora più restrittivi di quelli posti dalla Corte costituzionale. Infatti la Corte di Strasburgo non ha mai del tutto escluso il margine di apprezzamento riconosciuto al legislatore nazionale e, quindi, il suo legittimo ricorso al bilanciamento tra imperativi interessi di ordine generale e certezza del diritto. Tuttavia ha sempre di più valorizzato – in netta direzione contraria alla retroattività – il rischio di ingerenze, in tal modo generate, sull'esito di una controversia giudiziaria¹⁰.

Non è pertanto casuale il ridimensionamento della clausola dei motivi imperativi di interesse generale che si registra nella giurisprudenza della Corte costituzionale a seguito dell'ennesima pronuncia della Corte EDU con la quale se ne riconosce la inadeguatezza in rapporto alla opposta necessità di tutelare i diritti dei lavoratori¹¹.

D'altronde è significativo notare come la giurisprudenza di Strasburgo sul punto delle leggi retroattive miri a salvaguardare le garanzie individuali del giusto processo di cui all'art. 6 C.E.D.U. rispetto a interessi asseritamente col-

⁷ In tal senso, si vedano Corte cost., n. 227 del 2014, § 3; Id., n. 170 del 2013, § 4.3.; Id., n. 303 del 2011, § 4.2.; Id., n. 15 del 2012, § 3.2., con ampi richiami alla giurisprudenza della Corte EDU.

⁸ Sul punto, cfr. Corte cost., n. 257 del 2011, cit., § 4; Id., n. 74 del 2008, § 4.4.

⁹ Sul punto, si veda PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 165-166.

¹⁰ Così, ad esempio, Corte EDU, 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*, in materia di inquadramento del personale nei ruoli dell'amministrazione statale, nonché Corte EDU, 25 marzo 2014, *Biasucci c. Italia*, con la quale ogni pretesa di bilanciamento cede il passo dinanzi al ritardo con il quale è intervenuta la legge di interpretazione autentica rispetto al consolidarsi di una giurisprudenza di legittimità conforme agli interessi dei ricorrenti.

¹¹ Sul punto, Corte cost., n. 166 del 2017, nonché Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*.

lettivi. Si fa notare infatti che non può ritenersi casuale che il ricorso a leggi retroattive si sia prevalentemente verificato nei casi «in cui lo Stato, amministrazioni pubbliche o soggetti da esse controllati erano parte della lite»¹².

Tant'è che la Corte EDU si esprime con maggiore severità nel caso *Plalan*¹³ per il fatto che l'applicazione retroattiva di una disposizione sfavorevole era dipesa da un ritardo amministrativo. In altri termini la Corte EDU, pur non escludendone l'uso, tende a trascurare il bilanciamento degli interessi e conferisce priorità all'abuso processuale che renda imprevedibile la decisione, mediante una legge retroattiva che ne modifichi l'esito¹⁴.

Il risalto conferito alla tutela dei diritti individuali rispetto all'interesse pubblico eventualmente insito nei noti "motivi imperativi di interesse generale" pone così questi ultimi in una posizione diversa e subalterna rispetto a quella da loro occupata nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.

Proprio nella direzione di ridurre drasticamente il ricorso a leggi retroattive è frequente la tendenza a limitarle ai soli casi in cui occorra porre rimedio ad un errore tecnico del legislatore, quindi in funzione esclusivamente riparatrice¹⁵.

Anche la dottrina si colloca su posizioni di comprensibile severità nei confronti delle leggi retroattive. È diffuso il richiamo ai principi della certezza del diritto, della sicurezza dei rapporti giuridici, del legittimo affidamento dei cittadini che risultano compromessi da leggi retroattive.

Taluni giustamente pongono il problema sul piano politico affermando che se il legislatore si fa giudice del caso concreto, non solo viene alterato l'equilibrio tra i poteri, ma anche l'autonomia e l'indipendenza del giudice¹⁶.

Si evidenzia così il rischio che le leggi retroattive possano ribaltare gli equilibri costituzionali in quanto provenienti da Parlamento e Governo che per questa via potrebbero invadere la funzione giurisdizionale.

È per queste superiori ragioni che le leggi retroattive sono limitate da una tassativa elencazione delle ipotesi eccezionali che le giustificano, nonché dalla rilevanza dei beni costituzionali che, in termini di controinteressi, ne consen-

¹² Così, testualmente, BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Quest. Giust.*, 13 settembre 2017, 14-15, con ampi richiami alla giurisprudenza. Per un'analisi sul piano politico delle leggi retroattive, si vd. anche NIVARRA, *La retroattività della legge civile*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 4, 1219 ss.

¹³ Cfr. Corte EDU, 8 maggio 2010, *Plalan c. Italia*.

¹⁴ Cfr., sul punto, BIGNAMI, *La Corte EDU*, cit., 4, 9.

¹⁵ MABELLINI, *La retroattività "riparatrice", ovvero... si preannuncia un nuovo fronte nel difficile dialogo tra Corte costituzionale e Corte edu in tema di legislazione retroattiva?*, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1937 ss.

¹⁶ Sul punto, cfr. PUGIOTTO, *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2005, 6, 5145 ss.

tono il ricorso. Proprio in questa direzione si richiama il principio di sostenibilità dei diritti delle generazioni future, soprattutto sul versante dei rapporti economici di durata¹⁷. Così come si valorizzano – ancora una volta sul piano della eccezionalità – vicende e fatti intervenuti, quindi non prevedibili al momento della legge, con particolare riguardo agli effetti prodotti da gravi crisi economiche ed alla loro incidenza sul principio costituzionale del pareggio di bilancio, richiamando così la recente sentenza n. 108/2019 della Corte Costituzionale. Si sostiene ulteriormente che il sindacato di costituzionalità delle leggi retroattive (sia interpretative, sia innovative) deve essere condotto alla luce del principio di ragionevolezza, spinto però ad un livello ben più elevato rispetto alla soglia tradizionale costituita dalla mancanza di arbitrarietà. Pertanto la retroattività è presentata come una categoria sottoposta a rigorose condizioni. Condizioni che, secondo la Corte di Strasburgo¹⁸, non possono nemmeno consistere nel pur rilevante e collettivo interesse al contenimento della spesa pubblica¹⁹.

La già richiamata dottrina, infine, evocando la giurisprudenza della Corte costituzionale, giustifica i casi di retroattività in termini di ‘riparazione’²⁰. Non occorre dunque spendere alcun ulteriore impegno per dimostrare come, nel quadro della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, il ricorso a leggi retroattive sia limitato a casi di strettissimo diritto, risultando addirittura prevalente, rispetto agli interessi pubblici che ne giustificerebbero l’uso, la valorizzazione in senso contrario dei diritti fondamentali del cittadino.

2. *I primi punti fermi.* Non sembri eccessiva l’attenzione prestata nel descrivere i limiti che condizionano il ricorso a leggi retroattive in ogni settore dell’ordinamento giuridico. A breve avremo modo di apprezzarne l’utilità. Infatti gli arresti giurisprudenziali sui quali ci siamo soffermati ci permettono già di giungere a talune conclusioni.

L’uso di leggi retroattive è consentito soltanto in presenza di imperative ragioni di interesse generale, supportate dalla necessità di tutelare beni di rilievo costituzionale.

Se i principi garantistici sottesi all’art. 11 preleggi concernono tutte le leggi, maggiormente devono investire quelle concordemente definite ‘afflittive’ perché fortemente limitative di diritti costituzionali del cittadino. Caratteristica

¹⁷ MABELLINI, *La retroattività “riparatrice”*, cit., spec. 1940 ss.

¹⁸ Corte EDU, 11 aprile 2006, *Cabourdin c. Francia*.

¹⁹ MABELLINI, *op. loc. cit.*

²⁰ Corte cost., n. 108 del 2019 e n. 173 del 2016.

unanimemente riconosciuta alle misure di prevenzione²¹.

Ben al di là del confuso panorama volto alla identificazione della materia penale, e della genericità dei *criteri Engel*, sembrerebbe contraddittorio negare l'applicazione di principi fondamentali – come la sicurezza nei rapporti giuridici, la certezza del diritto e l'affidamento – al settore delle misure di prevenzione, per riconoscerla poi ad ogni altra legge.

Dunque sembrerebbe chiaro che alle misure di prevenzione compete quanto meno la tutela apprestata dall'art. 11 preleggi.

Ciò non significa aderire alla tesi, di origine esclusivamente giurisprudenziale, secondo la quale le misure in questione esulano dall'area del diritto penale e, quindi, dal campo di applicazione dell'art. 25 cpv. Cost., perché dotate di funzione preventiva e non punitiva. Significa invece tentare di dimostrare che anche a prescindere dalla richiamata disposizione costituzionale, le misure di prevenzione non possono essere applicate retroattivamente.

Già basterebbe chiedersi quali motivi imperativi giustificano l'applicazione retroattiva delle misure di prevenzione, ma anche – ci permettiamo di aggiungere – delle misure di sicurezza.

Oltretutto, anticipando qui un argomento che da subito ci introduce nel merito della questione, nessuna delle sentenze che sulla base della ritenuta 'assimilazione' tra misure di sicurezza e misure di prevenzione ne giustifica l'applicazione retroattiva, per di più sfavorevole, si pone nel solco della giurisprudenza costituzionale sopra richiamata in tema di limiti alla retroattività di "ogni" legge. In particolare, per come abbiamo già osservato, da nessuna parte si legge quali motivi imperativi di interesse generale e quali beni di rilevanza costituzionale imporrebbero l'applicazione retroattiva di misure di sicurezza e di prevenzione. È scontato sin d'ora, pertanto, che la irretroattività di queste ultime non passa attraverso la loro inclusione nella materia penale o – più in generale – in quella punitiva, presidiate dall'art. 25, co. 2, Cost.²², ma anche da una loro incomprensibile sottrazione alla disciplina dettata dall'art. 11 preleggi.

Occorre osservare poi che nessuno tra gli argomenti utilizzati accredita l'assunto secondo il quale – addirittura in assenza di ogni disposizione che

²¹ A dimostrazione della crescente attenzione dedicata dalla giurisprudenza costituzionale al delicato tema della efficacia nel tempo di disposizioni non formalmente penali, ma ciononostante contrassegnate da spiccata afflittività a cagione della loro incidenza su sfere di libertà fondamentali del cittadino, cfr. Corte cost., n. 32 del 2020, nonché Corte cost., n. 208 del 2017. Sul tema, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Mass. UII.*, n. 262605.

²² È importante spiegare che la giurisprudenza costituzionale ed europea, che avremo modo di citare in seguito, pongono sullo stesso piano del reato le sanzioni amministrative punitive.

espressamente attribuisca alla legge efficacia retroattiva – a questo risultato si possa giungere per il tramite della interpretazione del giudice, in una materia concordemente definita afflittiva e gravemente lesiva dei diritti dei cittadini. Dinanzi a principi di questo calibro non si capisce poi come si possa tentennare. Né al riguardo si può tener conto di alcuna esigenza politico-criminale. Occorre tenere il timone dritto, pur nel massimo rispetto delle autorevolissime opinioni contrarie.

3. *Il divieto di retroattività nel dialogo tra le Corti.* La Corte costituzionale ha recentemente esteso il principio di irretroattività sfavorevole alla fase della esecuzione penale²³. La motivazione prende lo spunto dalla svolta già impressa in materia dalla Corte EDU²⁴. Gli snodi salienti della pronuncia della Consulta sono costituiti dal riconosciuto impatto sulle scelte difensive degli imputati dei mutamenti legislativi sfavorevoli intervenuti nella fase dell'esecuzione. In altri termini, essendo l'esercizio del diritto di difesa condizionato anche dai benefici previsti per questa conclusiva fase, le modificazioni sfavorevoli che la riguardano determinano una non prevedibile alterazione dei presupposti che potrebbero avere orientato le scelte difensive, capovolgendone il senso. La Corte costituzionale, pertanto, preso atto dell'art. 25 cpv. Cost., come anche di tutte le altre norme convenzionali ed euro-unitarie che disciplinano il principio di irretroattività sfavorevole, ne ha rimodulato la nozione sulla base di una duplice *ratio*. Da un lato si garantirebbe la ragionevole prevedibilità dei giudizi, così assicurando il libero esercizio del diritto di difesa, nonché, secondo il noto schema della sentenza costituzionale n. 364/1988, la "sicurezza giuridica di libere e consentite scelte di azione" dei cittadini. Dall'altro lato il cittadino verrebbe tutelato dagli arbitrii del potere legislativo, dal momento che così facendo si impedirebbe allo Stato di ingerirsi nei processi modificandone l'esito, anche con riferimento alla fase della esecuzione. Peraltro, proprio in relazione all'ordinamento penitenziario e all'art. 4-*bis* modificato in senso sfavorevole dall'art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, la sentenza ha efficacemente richiamato la differenza che intercorre tra il "dentro" e il "fuori". Ossia tra una esecuzione che avvenga in stato di carcerazione, ovvero con le forme dell'affidamento in prova al servizio sociale. Ribadendo con ciò la naturale destinazione della legge ai casi futuri, l'importanza della calcolabilità delle conseguenze al momento del fatto (e non della decisione o, peggio, della esecuzione), nonché la natura sostanziale delle norme

²³ Sul punto, cfr. Corte cost., n. 32 del 2020.

²⁴ Anche qui si veda Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

che incidono sulla quantità e qualità della pena.

Si rende necessario osservare, tuttavia, che la sentenza dichiaratamente si colloca all'interno del perimetro segnato dall'art. 25 cpv. Cost., avendo attribuito alle disposizioni in oggetto natura di norme sostanziali perché riguardanti la materia delle pene.

Malgrado questa doverosa precisazione occorre però notare che i risultati cui giunge la Corte costituzionale, per come avremo modo di osservare, svolgono pur sempre una funzione non irrilevante anche in relazione ai temi dei quali ci stiamo occupando. Congiuntamente a tutti gli altri casi dimostrativi della condivisibile tendenza ad estendere ed ampliare il raggio di applicazione del più volte citato art. 25 cpv. Cost.

Infine, non è superfluo puntualizzare che la dilatazione del principio di irretroattività sfavorevole, come anche di quello di retroattività favorevole, ha riguardato pure le sanzioni amministrative punitive²⁵. Appare utile osservare, ancora, questa volta con riferimento alle disposizioni penali diverse da quelle incriminatrici, che la Corte costituzionale, con sentenza n. 236/2011, ha chiarito che il principio di retroattività favorevole non può applicarsi per il tramite del parametro costituito dall'art. 25 cpv. Cost., bensì attraverso il diverso principio di ragionevolezza introdotto dall'art. 3 Cost.

3.1. *Irretroattività e diritto penale*. Il principio di irretroattività sfavorevole occupa, nel diritto penale, una posizione così rilevante da renderne qui superflua ogni approfondita illustrazione²⁶. Si tratta infatti di un principio baricentrico rispetto ai contenuti del principio di legalità che gli ruotano intorno e lo presuppongono. Oggi sarebbe bersaglio di “tentativi di aggiramento” ben più pressanti di quanto non avvenga nei confronti del correlativo principio di legalità, per come sarebbe dimostrato dall'art. 7, co. 2, C.E.D.U., nonché dalla c.d. legge Severino²⁷.

Al riguardo non sembra un caso che l'art. 25 cpv. Cost. metta insieme legalità e irretroattività. A dimostrazione dell'assunto che la legalità è pienamente rispettata solo in presenza della irretroattività, al riguardo basti pensare che il requisito di necessaria tipicità non svolgerebbe alcun ruolo di garanzia in un diritto penale della retroattività e che la colpevolezza sarebbe priva del suo

²⁵ Sul punto, cfr. Corte cost., n. 223 del 2018, spec. §§ 6 ss.; Corte cost., n. 63 del 2019, spec. §§ 6.1. ss.

²⁶ Per tutti, si veda GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, seconda edizione, vol. I, 72.

²⁷ In questi esatti termini, cfr. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 72-73, il quale definisce «scandaloso» l'art. 7 C.E.D.U., a nulla rilevando il fatto di essere «segnato dallo spirito di Norimberga» (69 ss.), e riserva poi analoghe riflessioni anche alla c.d. legge Severino.

necessario requisito di rimproverabilità se la legge penale incriminatrice non fosse anteriore al fatto. È ovvio infatti che se la colpevolezza implica la conoscenza o la conoscibilità della norma, quest'ultima non può che preesistere al fatto.

Analogamente deve dirsi che la funzione di orientamento dei cittadini svolta dalle norme giuridiche presuppone una legge anch'essa anteriore al fatto commesso²⁸.

È chiaro poi che un diritto penale ispirato al principio costituzionale di personalità colpevole della responsabilità non può tollerare una diversa relazione temporale tra legge e fatto. Detto in altre parole, ogni principio che implica rapporti consapevoli tra fatto e autore, inevitabilmente presuppone l'irretroattività della legge. Quanto alla legalità convenzionale, retta dai noti principi di prevedibilità e accessibilità e quindi di calcolabilità delle conseguenze cui ci si espone, occorre convenire che l'irretroattività costituisce un evidente presupposto di entrambi²⁹.

La più autorevole dottrina italiana, già in anni risalenti e dunque ben prima della citata sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale, ha ritenuto di potere estendere il principio di irretroattività sfavorevole alle norme processuali e a quelle di ordinamento penitenziario³⁰. Così ponendo in risalto lo stretto legame tra punizione e fatto, già risultante dall'art. 1 c.p., e sottolineando che nel testo dell'art. 25 cpv. Cost. questo legame appare più tenue, restando invece evidenziato quello tra legge - da intendersi anche in senso processuale - e fatto. Insomma, se l'art. 1 c.p. consente di capire *perché* si è puniti, l'art. 25 cpv. Cost. concernerebbe il *come* si è puniti.

Donde la conclusione secondo la quale anche la legge processuale penale, a dispetto della regola del *tempus regit actum*, sarebbe sottomessa al principio di irretroattività sfavorevole. Pertanto il cittadino dovrebbe essere giudicato sulla base di tutte le disposizioni vigenti al momento del fatto, comprese quelle di natura processuale, se più favorevoli. Ciò perché anche queste ultime

²⁸ FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1289 ss.; ID., *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 317 ss.; vd. anche MASSI, *La fattispecie 'in divenire' nella disciplina della legge penale nel tempo*, Torino, 2005, *passim*.

²⁹ Si veda Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Zolotukhine contro Russia* e, tra le più recenti, Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

³⁰ Quanto al primo aspetto, cfr. GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria a proposito delle garanzie della difesa nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 200 ss., il quale - tra l'altro - pone a confronto l'art. 1 c.p. con l'art. 25 cpv. Cost., segnalandone la diversa latitudine applicativa; con riferimento al secondo aspetto, cfr. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, *ivi*, 1977, 13 ss., con largo anticipo su Corte cost., n. 32 del 2020, *cit.*

hanno contribuito a motivare la sua condotta nella scelta tra il vietato e il consentito.

Se sul piano dei valori del diritto penale il divieto di retroattività sfavorevole è scontato, altrettanto lo è su quello politico e su quello degli equilibri costituzionali. I già richiamati principi di tutela del cittadino dagli arbitrii del legislatore, nonché di divieto di intrusione legislativa nei giudizi in corso, congiuntamente al rischio di usurpazione della giurisdizione, ne costituiscono una inequivocabile conferma. Anzi, assumendo il diritto penale sostanziale e processuale come indice del tasso di liberalità di uno Stato, è facile riscontrare come quelli totalitari abbiano usato la retroattività sfavorevole per colpire l'opposizione politica interna³¹.

In particolare Giuliano Vassalli, descrivendo i tragici scenari che hanno fatto da sfondo all'esperienza del nazional-socialismo, ha posto in evidenza l'eccezionalità dell'art. 7, co. 2, C.E.D.U., che troverebbe giustificazione nei casi di crimini commessi in paesi privi di una legislazione in grado di tutelare beni giuridici fondamentali. Beni, al contrario, protetti dalla comunità internazionale³².

In conclusione si può affermare che la retroattività, non soltanto della legge penale, bensì anche di ogni altra legge, se utilizzata al di fuori degli stretti limiti consentiti, modificherebbe irrimediabilmente il volto del diritto. Quest'ultimo possiede infatti un profilo argomentativo e altruistico, posto che mira alla condivisione attraverso il consenso dei cittadini. Svolge quindi una funzione giustamente definita di tipo "integrativo-inclusivo", data la sua propensione a creare aggregazione e a stimolare adesioni. Funzione che sarebbe contraddetta dalla ingiustizia di leggi retroattive discriminatorie. Così inteso il diritto, il suo pronome è "chiunque", espressione del principio di uguaglianza. Principio che sarebbe sfigurato dal ricorso a leggi retroattive che pongono i cittadini in una condizione di irragionevole disparità e di sottomissione³³.

4. *La presunta retroattività delle misure di sicurezza nella giurisprudenza della*

³¹ Sul punto, si veda, quanto al diritto penale del nazionalsocialismo, VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, *passim*; BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Camerino, 1966, 32 ss.

³² VASSALLI, *Formula di Radbruch*, cit., 292 ss.

³³ Al contrario il pronome della politica è il "noi", dato che quest'ultima svolge una funzione "integrativo-esclusiva", posto che perimetra un gruppo di sostenitori, escludendovi gli altri. La portata politica della retroattività lega quest'ultima al significato altrettanto politico della stretta legalità. Sul punto, COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1994, 107 ss.; HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, Milano, 1999, 19 ss.

Corte costituzionale e della Cassazione. Alla retroattività delle misure di sicurezza la giurisprudenza della Corte costituzionale perviene attraverso una sequenza argomentativa che ci sembra criticabile anche con riferimento alla sua stessa giurisprudenza. In particolare si pone in contrasto con quei principi che già abbiamo avuto modo di apprezzare allorquando abbiamo delineato i casi di stretto diritto che sempre secondo la Consulta giustificerebbero l'eccezione alla generale irretroattività di ogni legge³⁴. La Corte afferma infatti che la nostra Costituzione in materia di misure di sicurezza riconosce, all'art. 25, co. 3, così come fa il codice all'art. 199, soltanto il principio della riserva di legge, ma non anche quello della irretroattività. Con la conseguente inapplicabilità dell'art. 2, sostituito dall'art. 200 c.p.³⁵, dal quale indiscutibilmente discenderebbe l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Retroattività giustificata dalle finalità da queste perseguite, ossia quelle volte ad assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale. A tale riguardo si precisa che sulla base del perseguimento di simili finalità il legislatore possa, «sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate», prevedere «che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità)»³⁶. È bene chiarire, in via del tutto preliminare, che il richiamo alla lotta contro il dilagare della criminalità non assurge, nel testo della motivazione, al ruolo di controinteresse alla irretroattività. Intanto non risulta compiuto tra i due opposti principi alcun bilanciamento. Addirittura non è nemmeno richiamato il valore di garanzia del divieto di retroattività né sono richiamati l'art. 1 c.p. e l'art. 11 preleggi. Vi è poi da osservare che anche le pene - anzi principalmente le pene - contrastano il dilagare della criminalità, ma non per questo si applicano retroattivamente. Segno che la lotta al crimine certamente non passa attraverso l'uso di leggi retroattive. Infine, l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, ma anche l'esaltazione del loro ruolo come strumenti di lotta alla criminalità ne enfatizza l'efficacia punitiva in luogo di quella terapeutico-preventiva. Così giustificando, semmai, la sottoposizione al contrario principio di irretroattività. Sarebbe infine incoerente attribuire un ruolo

³⁴ Sul punto si vedano le sentenze della Corte costituzionale richiamate nel primo paragrafo.

³⁵ Cfr. Corte cost., n. 196 del 2010. In senso assolutamente conforme si veda Corte cost., n. 53 del 1968, con la quale la Corte aveva sostenuto che l'inserimento della pena e della misura di sicurezza nell'ambito di una categoria unica non poteva avere l'effetto di eliminare le caratteristiche specifiche proprie dei due mezzi di tutela giuridica.

³⁶ In questi termini, Corte cost., n. 196 del 2010, cit., § 3.1.2. del *considerato in diritto*. Vi è poi da notare che in senso del tutto opposto si esprime Corte cost., n. 19 del 1974, con la quale si afferma che le misure di sicurezza non sono retroattive, dato che la pericolosità deve essere attuale.

di primo piano nella lotta alla criminalità alle misure di sicurezza, posta la loro attuale marginalità conseguente alla loro ridotta utilizzazione.

Non senza una qualche contraddizione, la sentenza conclude nel senso che tutte le misure dotate di prevalente efficacia punitivo-afflittiva devono rientrare all'interno del diritto penale e che l'ampiezza della formulazione dell'art. 25 cpv. Cost. («Nessuno può essere punito [...]») giustifica l'interpretazione «nel senso che ogni intervento sanzionatorio il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»³⁷. Affermazione per l'appunto giustificata dalla difficoltà di escludere, seguendo la via indicata, che le misure di sicurezza, specie quelle detentive, abbiano natura anche punitiva.

4.1. *L'inappropriato principio di 'assimilazione'*. La Cassazione si esprime negli stessi termini della Corte costituzionale quanto all'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Per di più estende il principio dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza alle misure di prevenzione, delle quali ciononostante riconosce la marcata carica afflittiva. Rilevando infine che la "assimilazione" tra i due istituti giustificerebbe il trasferimento della disciplina espressamente dettata per le prime alle seconde³⁸. Costituisce poi un punto fermo dell'intera argomentazione la ritenuta estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale. Estraneità sostenuta anche sulla scorta dell'ampia e convergente giurisprudenza della Corte EDU espressamente richiamata. In conseguenza di questa esclusione si conviene circa l'inapplicabilità al settore delle misure di prevenzione delle garanzie previste dall'articolo 25, co. 2, Cost. In materia sostituito dal successivo terzo comma che non reca alcun riferimento al divieto di retroattività.

Vi è infine da osservare che dopo la citata sentenza Spinelli la Corte di cassazione, tornando sulla questione, ha ristretto la portata del principio di retroattività³⁹, sia pure con esclusivo riferimento alle misure patrimoniali. Si sostiene che l'art. 236 c.p. rinvia al solo comma 1 dell'art. 200 c.p., destinato alla fase dell'applicazione e non anche al suo secondo comma, al contrario dedicato

³⁷ Sul punto è il caso di notare – dato il tema che stiamo trattando – che la giurisprudenza della Corte costituzionale riconosce lo stesso carattere afflittivo anche alle misure di prevenzione. Si veda Corte cost., n. 24 del 2019, nonché Corte cost., n. 208 del 2017. In dottrina, cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 419.

³⁸ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit., nonché Cass., Sez. VI, 30 gennaio 2014, 11751, in *Mass. Uff.*, n. 225022, con ampia giurisprudenza richiamata.

³⁹ Cass., Sez. VI, 10 febbraio 2015, Meluzio, in *Mass. Uff.*, n. 263768.

alla successiva fase della esecuzione. Fase dell'esecuzione che pertanto rimane sottratta al meccanismo retroattivo⁴⁰.

A questo punto occorre però ancora una volta notare, proprio in virtù di quanto sin dal primo momento abbiamo osservato, che la richiamata esclusione delle misure di prevenzione dal perimetro dell'art. 25 cpv. Cost. non risolve il problema della retroattività di queste ultime, soprattutto nella direzione auspicata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Ciò per il semplice motivo che, anche a prescindere dall'art. 25 cpv. Cost., il principio di generale irretroattività di ogni legge è chiaramente sancito dall'art. 11 disp. prel. c.c. Di quest'ultimo, pertanto, al fine di sostenere la retroattività di queste misure, andrebbero illustrate le ragioni che ne giustificerebbero la mancata applicazione. Impegno che non si riscontra in alcuna delle sentenze che se ne occupano.

Oltretutto, per come già prima abbiamo osservato⁴¹, le eccezioni al generale principio della irretroattività di ogni legge, nella giurisprudenza della Corte costituzionale sono limitate a casi di stretto diritto. Motivi imperativi di interesse generale indotti dalla necessità di tutelare interessi di rilevanza costituzionale.

Ciò premesso, si deve ulteriormente notare come il termine intorno al quale ruota l'intera argomentazione sul punto della Corte di cassazione – come anche della Corte costituzionale – sia costituito dal sostantivo “assimilazione”. Termine al quale ordinariamente si attribuisce un significato diverso, nel senso di indicare uno tra i possibili strumenti di adeguamento delle legislazioni interne a quella eurounitaria⁴².

Il sostantivo “assimilazione” pone tuttavia un ulteriore problema, ossia quello della pertinenza del termine impiegato per descrivere la realtà che si intende ricomprendervi. Infatti, se il termine in questione è utilizzato per affermare una certa medesimezza di *ratio* delle due diverse misure, l'affermazione potrebbe anche condividersi in astratto, pur nella piena convinzione della sua inutilità scientifica⁴³. Se però da questo stesso termine si pretende di trarre

⁴⁰ In argomento, si veda GALLO, *Imputabilità. Appunti degli studenti della Università di Roma “La Sapienza”*, 1980, 90, *inedito*.

⁴¹ Vd. *retro*, § 1.

⁴² Come è noto, in base al principio di ‘assimilazione’ che attiene al settore della lotta contro le frodi comunitarie, gli interessi finanziari comunitari vengono per l'appunto ‘assimilati’ a quelli nazionali, sicché gli Stati sono vincolati ad agire con gli stessi mezzi ed adottando le medesime misure in entrambi i casi.

⁴³ I parallelismi tra la disciplina delle misure di sicurezza e quella delle misure di prevenzione sono for-

conseguenze sul piano del legittimo trasferimento della disciplina dettata per l'una misura all'altra, le obiezioni diventano molteplici e di rilevanza anche costituzionale.

Prima di passare ai principi giuridici così asseritamente violati, si deve però notare, sia pure sul piano della completezza dell'argomentazione, che la contratta sequenza esplicativa qui criticata non affronta mai il problema cruciale.

Ossia in virtù di quale principio o norma giuridica che lo autorizzi si ritiene di sostenere l'“assimilazione” o l'“equiparazione” tra le due misure. Posto soprattutto il rilievo che di “assimilazione” o di “equiparazione” non vi è traccia nella Costituzione e nel codice penale, che per di più nemmeno si occupano delle misure di prevenzione. Né si coglie alcun riferimento al riguardo nell'ampia legislazione dedicata al settore. Non si spiega poi per quale ragione in alternativa non si usi l'unico sostantivo davvero pertinente, ossia il termine “analogia”, destinato a guidare il trasferimento di una disciplina espressamente dettata per un caso – che pertanto da essa è regolato – ad un altro caso che, al contrario, ne è totalmente privo⁴¹. Analogia che, non soltanto è disciplinata dall'art. 14 disp. prel. c.c., ma che in aggiunta costituisce uno dei contenuti del principio di legalità del quale contribuisce ad assicurare il corretto funzionamento. Analogia che, peraltro, si caratterizza per una serie di limiti, per l'appunto costituzionalmente rilevanti, alla sua stessa applicazione. Al riguardo l'uso del termine “assimilazione” suggerisce semmai il sospetto di una fuga dal più pertinente meccanismo analogico, ma soprattutto dal limitato uso che di quest'ultimo è consentito fare.

Ricorrere all'analogia, ma anche alla “assimilazione”, per usare il sostantivo preferito dalla giurisprudenza della Consulta e della Cassazione, significa introdurre un ulteriore elemento di contrasto con la conclusione cui si giunge in tema di natura non penalistica delle misure di prevenzione. Entrambe le espressioni, infatti, lasciano presumere l'appartenenza di misure di sicurezza e di prevenzione al medesimo settore dell'ordinamento. Posta l'indubbia appartenenza delle prime al diritto penale, risulta ulteriormente difficile legittimare il ricorso all'analogia, come all'assimilazione, con le seconde. In altri termini, se queste ultime ne sono escluse, la ritenuta appartenenza a settori diversi dell'ordinamento avrebbe dovuto scongiurare il ricorso a procedure che quanto meno dovrebbero implicare il contrario.

Per concludere vi è ancora da osservare che il procedimento analogico impo-

temente rimarcati in Corte cost., n. 177 del 1980, che peraltro evidenzia come l'assimilazione tra i due istituti non possa che essere soltanto parziale.

⁴¹ GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 85 ss.

ne medesimezza di *ratio* tra la legge *integrante* e la legge *integrata*⁴⁵. Sul punto si registra invece una spiccata eterogeneità funzionale tra le misure di sicurezza e quelle di prevenzione, tale da escludere questo presupposto affatto preliminare, senza il quale il ricorso all'analogia è del tutto vietato⁴⁶.

Giova infatti chiarire che la incidenza di entrambe le misure sulla libertà personale, la loro sottomissione alla riserva di legge e di giurisdizione, nonché la medesimezza di taluni degli effetti giuridici prodotti, non consentono comunque di affermare che la pericolosità (*post delictum* e *ante nova delicta*) di cui si occupa il codice penale equivalga a quella (*ante e/o extra delictum*) rilevante invece nell'ottica della prevenzione della delinquenza primaria.

Stando al combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p., le misure di sicurezza possono trovare applicazione solo in presenza di due precisi presupposti: la pericolosità sociale e la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato (o quasi-reato). Riveste la qualifica di persona socialmente pericolosa colui che - imputabile, non imputabile o non punibile - abbia commesso taluno dei reati indicati nell'art. 202 c.p., quando sia "probabile" che commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reato. Con la precisazione che la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p. (art. 203, co. 2, c.p.). Ciò autorizza a ritenere che la commissione di un reato (o di un quasi-reato) assume un duplice significato nel disegno del codice penale: non costituisce soltanto uno dei presupposti per l'applicabilità delle misure di sicurezza, ma rappresenta anche uno degli indici su cui si fonda il giudizio di pericolosità. Un giudizio da effettuarsi anche attraverso l'apprezzamento della capacità a delinquere del reo, la cui intensità varia proprio in funzione del reato commesso. Se da un lato la commissione del reato legittima la valutazione della pericolosità, segnando il limite - anche cronologico - a partire dal quale ci si può occupare della qualità di persona socialmente pericolosa, dall'altro costituisce parte dell'oggetto di questa stessa valutazione. La conseguenza è che la pericolosità deve essere desunta dal fatto e non semplicemente riflettersi in esso.

⁴⁵ In assenza di una medesima *ratio legis*, è consentito il ricorso ai principi generali dell'ordinamento, ossia all'*analogia iuris*.

⁴⁶ Al riguardo, risulterebbe del tutto inadeguata ogni critica che in materia si opponesse al ricorso, sia pure ipotetico, all'analogia, negando ancora una volta natura penalistica alle misure di prevenzione. Infatti, anche a prescindere dalla riconosciuta natura afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente garantiti delle misure di prevenzione, vi è da osservare che le misure di sicurezza - secondo polo del ragionamento analogico - a dispetto della formale denominazione codicistica di misure 'amministrative', appartengono indiscutibilmente al diritto penale e al suo versante sanzionatorio, sia pure con finalità terapeutiche.

Al contrario, nel caso delle misure di prevenzione il giudizio di pericolosità non si regge su alcun fatto di reato che possa dotarlo di coordinate davvero affidabili e rassicuranti, proprio perché si tratta di analizzare i comportamenti indizianti di un futuro agire criminoso, senza che in passato vi sia stata necessariamente una condotta antiggiuridica. Se dunque non è richiesta la previa commissione di un reato, che queste misure dovrebbero semmai per definizione impedire, è chiaro che la pericolosità dovrà rintracciarsi sulla base di elementi che da esso prescindono e che al più dimostrino l'inclinazione a commetterlo. Si tratta di elementi i quali assumono una prevalente connotazione antisociale e che sembrano escludere ogni possibile rapporto di corrispondenza tra la pericolosità rilevante in questo settore e quella destinata invece ad operare quale presupposto delle misure di sicurezza.

Come è noto le misure di prevenzione sono applicabili alle categorie soggettive previste dagli artt. 1 e 4 d.lgs. n. 159/2011, allorché «siano pericolose per la sicurezza pubblica» (art. 2; art. 6, co. 1, d.lgs. n. 159/2011). Tanto la pericolosità generica quanto la pericolosità qualificata non si esauriscono quindi nella mera constatazione dell'inquadramento del prevenuto in una delle categorie soggettive previste dal cd. codice antimafia, ma richiedono una verifica ulteriore, per l'appunto costituita dall'accertamento della pericolosità. Una pericolosità che tuttavia non è mai definita «sociale» (a differenza di quanto emerge dagli artt. 202 e 203 c.p.) e non è accompagnata da ulteriori qualificazioni che consentano di definirne lo statuto in termini di concretezza e/o di attualità. Il riferimento esplicito alla «sicurezza pubblica», infatti, non sembra in grado di contenere la discrezionalità dell'interprete all'interno di coordinate sufficientemente definite, rinviando piuttosto all'a-selettivo interesse finale a presidio del quale è posto l'intero sistema. Un interesse che peraltro dovrebbe a rigore essere ritenuto uno sperabile effetto - non certo un fine - dell'apparato di prevenzione⁴⁷.

Tornando ora all'elencazione dei presupposti generali del procedimento analogico, è noto come esso imponga la necessità di colmare una lacuna nella legge che a causa di ciò dovrebbe giovare della integrazione. Proprio con riferimento alla presunta lacuna, non si riesce a comprendere in cosa essa possa consistere nella materia delle misure di prevenzione, avuto riguardo al loro assetto legislativo preesistente nonché a quello successivo costituito dal c.d.

⁴⁷ Sul significato della nozione di «sicurezza pubblica», DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. Pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, 286.

Codice antimafia⁴⁸. Né si può obiettare che la incompletezza della legislazione sia costituita dalla mancanza di una disposizione che ne imponga l'applicazione retroattiva. Una siffatta argomentazione, sicuramente *contra legem*, scontrerebbe tra l'altro una ulteriore critica, dato che si risolverebbe in una mera presunzione, quella della obbligatoria efficacia retroattiva delle misure di prevenzione. Oltretutto nessuno comprenderebbe le ragioni della rinuncia né del ribaltamento del principio di cui all'art. 11 disp. prel. c.c. Quest'ultima disposizione trova infatti automatica applicazione in tutti i casi in cui il legislatore non provveda al riguardo.

Last but not least, nel caso in questione l'analogia produce effetti inequivocabilmente sfavorevoli ed è pertanto vietata, dal momento che si risolverebbe nell'applicazione di misure che al momento della commissione dei fatti che le giustificano non erano previste dalla legge⁴⁹. Oltretutto, malgrado le misure di sicurezza impongano l'attualità della pericolosità sociale al momento della loro applicazione, così non è più per le misure di prevenzione patrimoniali, a seguito dello sganciamento tra queste ultime e il requisito dell'attualità della pericolosità sociale⁵⁰.

4.2. *L'equivoco insito nella ritenuta retroattività sfavorevole delle misure di sicurezza*. Nonostante le nostre osservazioni ci sembrano già sufficienti ad escludere anche la residuale ipotesi di un ricorso all'analogia, il punto di arresto di una simile riflessione sembra però limitarsi a questo insufficiente risultato. Resta invece fuori dalla sua portata esplicativa la verifica della ritenuta retroattività delle misure di sicurezza. Cioè del punto di partenza dell'intera argomentazione che, partendo da questo presupposto ha inteso estendere la retroattività anche alle diverse misure di prevenzione in quanto "assimilabili" alle prime. È dunque necessario chiedersi se sia davvero condivisibile - ed eventualmente in quale misura lo sia - la diffusa convinzione dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Non potendosi nemmeno escludere, in caso di risposta affermativa, un ragionevole dubbio sulla costituzionalità dell'art. 200 c.p.⁵¹

⁴⁸ Cfr. d.lgs. n. 159/2011 e successive modificazioni.

⁴⁹ Vd. quanto già osservato *retro*, nota 46.

⁵⁰ Ci si riferisce al noto principio dell'applicazione disgiunta delle misure patrimoniali rispetto a quelle personali, introdotto dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 125. Ulteriori rilevanti modifiche all'intero apparato di prevenzione sono poi state introdotte dalla l. 15 luglio 2009, n. 94.

⁵¹ Sul punto si deve osservare come la disciplina delle misure di sicurezza abbia subito incisivi interventi della Corte costituzionale, univocamente orientati a mitigarne l'eccessiva severità. Si pensi, tra l'altro, ai

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che le misure di sicurezza presuppongono la commissione di un reato, salvo i casi ben limitati di quasi-reato che tuttavia implicano pur sempre fatti espressamente preveduti dalla legge come reato, con la conseguente possibilità di collocarli nello spazio e soprattutto nel tempo. In altre parole, non ci si può dimenticare che qui si discute di una pericolosità da reato. Rilievo, questo, che potrebbe sembrare scontato ma che tuttavia si dimostra ben rilevante nel quadro della critica che stiamo conducendo.

A ben riflettere la giurisprudenza costituzionale secondo la quale sarebbe consentita un'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, malgrado la sua indiscutibile autorevolezza, non sembra avere contemplato tutte le vicende che possono concretizzarne casi di retroattività. Si è infatti limitata ad esemplificare quello concernente un fatto originariamente punito con la sola pena alla quale, successivamente alla commissione, sia stata aggiunta una misura di sicurezza, nonché quello in cui la misura di sicurezza fosse originariamente prevista, ma la legge intervenuta ne abbia disposto un'applicazione più sfavorevole.

Invero, all'esemplificazione della Corte costituzionale manca il ben più estremo caso di un fatto che al momento della sua commissione non fosse nemmeno preveduto dalla legge come quasi-reato, ma che sia divenuto tale successivamente, risultando pertanto punito con la sola misura di sicurezza. Infatti, se di retroattività si deve veramente parlare, anche questa ipotesi andrebbe contemplata tra i casi di retroattività, per di più sfavorevole. Aggettivo, quest'ultimo, che usiamo per la prima volta posto che ci introduce dentro il diritto penale.

È chiaro però che in questa ultima vicenda resta del tutto esclusa ogni possibile applicazione retroattiva, posto che difetterebbe - in relazione al momento della condotta - l'espressa previsione del fatto come quasi-reato. Conseguentemente ne risulterebbe vietata l'applicazione, ostandovi al riguardo la chiara disposizione di cui all'art. 1 c.p. nonché dell'art. 25, co. 2, Cost.

Né si può trascurare quanto già sopra abbiamo osservato e cioè che le misure di sicurezza presuppongono la previa commissione di un reato congiuntamente all'attualità della pericolosità sociale.

casi di presunzione di pericolosità sociale, all'indeterminatezza della durata massima, nonché al divieto di rivalutazione del persistere della pericolosità sociale - e quindi di revoca della misura - prima che fosse trascorso il periodo corrispondente alla durata minima (art. 207, co. 2, c.p., poi dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., n. 110 del 1974). Questo per sottolineare che in tema di serio confronto tra misure di sicurezza e Costituzione c'è ancora qualcosa da scoprire.

Da ciò consegue che il principio di legalità, come quello di irretroattività, è fatto salvo, pure in questa materia, dalla disciplina – di livello costituzionale – destinata al reato o al quasi-reato che ne costituiscono presupposto. Pertanto la retroattività delle misure di sicurezza, apparentemente generalizzata, già registra una eccezione che ne incrina il carattere di regola giuridica. Né sorte diversa spetta alle altre due esemplificate ipotesi, per come avremo modo di notare.

Infatti, anche in relazione a queste ultime vi è da osservare che resta preclusa l'applicazione retroattiva e sfavorevole di misure intervenute, o rese più sfavorevoli dopo la commissione del fatto.

Oltre all'applicazione automatica dell'art. 11 disp. prel. c.c., nonché del principio del *favor rei*³², a sostegno della nostra opinione milita anche il non certo trascurabile principio di legalità della pena. Questo impone che ciascun cittadino sia posto nella condizione di poter conoscere – prima della commissione del fatto – tutte le conseguenze sanzionatorie ad esso ricollegate.

Detto diversamente, il richiamo al reato presupposto, dato che la legalità delle pene implica anche per queste ultime l'anteriorità della legge al fatto, comporta l'integrale rinvio al complessivo trattamento sanzionatorio che la legge prevedeva al momento del fatto.

Né, in senso contrario emerge alcuna ragione che, posta la giurisprudenza costituzionale più volte richiamata³³, giustifichi eccezioni alla generalizzata irretroattività di ogni legge. Ragioni giustificatrici delle eccezioni consentite all'art. 11 disp. prel. c.c. che, peraltro, la richiamata giurisprudenza costituzionale in materia di retroattività delle misure di sicurezza non sembra richiamare in un contesto di bilanciamento di interessi contrapposti³⁴. Quasi dimenticando ciò che sul contrapposto versante delle leggi retroattive e di interpretazione autentica ha reiteratamente sostenuto.

Abbiamo già osservato che risulta impossibile escludere le misure di sicurezza dal diritto penale. Conclusione rafforzata dal fatto che le finalità rieducative e risocializzanti non sono certamente estranee, anche per espressa previsione costituzionale, alla materia penale. Dovendosi pure convenire sul fatto che la prevenzione rappresenta un elemento costitutivo della nozione stessa di pe-

³² In senso del tutto conforme alle nostre tesi, cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2020, 120 ss.; MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 764; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, ivi, XXIII, Milano, 1973, 1065-1067; VASSALLI, "Nullum crimen sine lege", in *Nss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 503-505.

³³ Si veda, ancora, § 1.

³⁴ Si veda quanto già osservato sul punto nel § 4.

na⁵⁵.

Né può ritenersi irrilevante, sul piano di garanzie fondamentali, che le misure di sicurezza prevedano ipotesi integralmente segregative e quindi del tutto privative della libertà personale⁵⁶, a fronte delle quali l'applicazione retroattiva risulta costituzionalmente improponibile, anche alla luce dei tanti principi qui richiamati. Principi che concorrono a delineare il volto garantista del principio di irretroattività⁵⁷.

Quanto poi all'art. 25, co. 3, Cost., che si deve leggere in continuità con l'art. 202 c.p., appare chiaro che se ci si libera dalle tante suggestioni che ne sminuiscono la portata, si può convenire che nessun elemento - men che meno letterale - ne legittima la lettura in termini di retroattività. Ciò anche per l'evidente ragione - qui più volte esposta - della previa commissione di un reato. Pertanto lo statuto costituzionale dettato in materia è duplice. In primo luogo implica quello dettato dall'art. 25 cpv. Cost., nonché quello del successivo terzo comma che del precedente si giova.

In altre parole, una cosa è disciplinare la legalità del reato, altra e diversa cosa è disciplinare la legalità delle misure di sicurezza che lo presuppongono.

Lo stesso art. 200 c.p. sempre evocato al proposito, si limita ad affermare il principio secondo il quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione, nonché quello secondo il quale, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura è diversa, si applica quella vigente in questa ultima fase. Ma la norma in questione non contiene alcun elemento in grado di legittimare il sospetto dell'assoluta irrilevanza della legge vigente al momento del fatto. Quindi della possibilità di applicare una misura di sicurezza anche nel caso in cui quest'ultima nemmeno la prevedeva o ne prevedeva una meno gravosa.

In realtà il citato art. 200 c.p. si limita ad affermare la prevalenza della misura di sicurezza vigente al momento della applicazione ovvero dell'esecuzione, rispetto a quella vigente al momento del fatto. Nel pieno rispetto, quindi, della obbligatoria preesistenza al fatto di una misura di sicurezza o comunque di una misura di sicurezza più grave di quella successivamente applicabile o eseguibile. Nulla autorizza una generalizzata eccezione ai principi che reggono il processo di successione tra leggi penali nel tempo.

⁵⁵ Cfr. art. 27, co. 3, Cost. In dottrina, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 64, che richiama i termini della nota Corte EDU, *M. c. Germania*, § 130. Per ulteriori approfondimenti, si veda quanto sul punto sostenuto nel successivo § 4.4.

⁵⁶ Corte cost., n. 250 del 2018.

⁵⁷ Per alcune considerazioni concernenti le misure di sicurezza detentive, viste in chiave residuale (circo- stanza che certamente non è sufficiente a negarne l'esistenza), si veda Corte cost., n. 250 del 2018, *cit.*

Peraltro non può nemmeno trascurarsi che tra l'art. 200 e l'art. 11 preleggi dovrebbe senz'altro prevalere quest'ultimo, non solo perché successivo ma anche perché gerarchicamente sovraordinato.

Né l'art. 200 c.p. qualifica la misura vigente al momento della sua applicazione ovvero della sua esecuzione come favorevole o sfavorevole rispetto a quella vigente al momento del fatto, lasciando quindi impregiudicata l'applicazione dei principi generali.

Appare poi difficilmente contestabile l'assunto secondo il quale l'art. 200 c.p. deve essere letto in senso restrittivo, orientandolo ai noti principi costituzionali che regolano l'applicazione delle leggi penali.

Insomma, lo stesso principio, apparentemente scontato, dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, presupposto della simmetrica applicazione retroattiva delle misure di prevenzione, sembra vacillare. Premessa sempre la non trasferibilità della disciplina dettata per le une a quella dettata per le altre. Prima di concludere ci sembra però opportuna una ulteriore riflessione.

La già richiamata sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale afferma il molto persuasivo principio secondo il quale il legislatore non può approfittare della fase dell'esecuzione per applicare un trattamento diverso e sfavorevole rispetto a quello previsto al momento del fatto. Così promulgando leggi 'in forma di sentenza'. Principio che perfettamente si addice agli esemplificati casi di applicazione retroattiva delle misure di sicurezza. Anche in questo caso, come nelle ipotesi di modifica all'art. 4-*bis* della legge di ordinamento penitenziario, data anche la innegabile presenza di misure di sicurezza detentive, la ritenuta retroattività di queste ultime darebbe luogo a quella plastica differenza tra un 'fuori' e un 'dentro' che in termini politici stigmatizza una intollerabile alterazione dei principi che regolano il patto sociale e che sul contrapposto versante giuridico delinea i contorni di una legge ingiusta, per di più incostituzionale⁵⁸.

4.3. *Significato e limiti della retroattività in tema di misure di sicurezza.* A questo punto, però, resteremmo esposti ad una critica del tutto fondata. Avremmo confutato la pretesa retroattività sfavorevole delle misure di sicu-

⁵⁸ L'evidenziato conflitto tra i principi posti a base della richiamata sentenza n. 32/2020 e la giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto la retroattività delle misure di sicurezza sembra irrimediabile. Prefigurando addirittura una giurisprudenza costituzionale dai volti diversi in relazione a vicende del tutto simili. Al riguardo ci permettiamo di osservare che quanto si sostiene in relazione all'art. 200 c.p. sembra tradire la vocazione, successivamente affermatasi, di una Corte costituzionale posta a tutela dei diritti fondamentali della persona. Sul tema, ampiamente, MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodi, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 1 ss.

rezza, ma non avremmo fornito alcuna spiegazione circa l'innegabile mobilità del meccanismo preveduto dall'art. 200 c.p.

Per dare una risposta all'apparente incompletezza della nostra argomentazione, è necessario tornare a riflettere sugli scopi perseguiti dalle misure di sicurezza. Queste ultime sono misure trattamentali, quindi perseguono finalità rieducative e di cura. Ciò premesso, appare ragionevole ritenere che la citata mobilità del meccanismo di cui all'art. 200 c.p., erroneamente definito di retroattività, non significa far retroagire una disciplina sfavorevole con la conseguenza di regolare diversamente una certa fattispecie rispetto a come era disciplinata al momento del fatto. Pretesa che tra l'altro risulterebbe del tutto incoerente con le finalità e le peculiarità delle misure di sicurezza.

A noi sembra piuttosto che il legislatore abbia voluto orientare la scelta del giudice, nelle fasi dell'applicazione e della esecuzione, verso le misure più efficaci - ancorché sopravvenute - rispetto all'obiettivo della rieducazione. È indicativo a tale riguardo il meticoloso riferimento alle due fasi sopra citate al fine di consentire, anche dopo l'applicazione, una ulteriore rimodulazione nel corso della esecuzione della misura, anch'essa volta al raggiungimento dei massimi benefici trattamentali. Non sembra trovare spiegazione alternativa la disciplina dell'art. 200, co. 1 e 2, c.p., salvo rassegnarsi ad una conclusione di stampo autoritario. Conclusione secondo la quale uno Stato democratico addirittura tollererebbe una doppia retroattività sfavorevole. Generando così la spiacevole sensazione di un codice definito 'fascista', ma che si rivela più moderno di chi lo interpreta.

Se poi ci si ostinasse a definire retroattiva e sfavorevole questa disposizione, dovremmo però convenire che qui si tratta di una retroattività *sui generis*. Lascia infatti inalterato il principio costituzionale dell'anteriorità della legge penale e di tutte le sue previsioni rispetto al fatto.

Né si può trascurare un ulteriore aspetto. Questa disciplina, per come da noi delineata, è particolarmente appropriata per la materia, dal momento che costituisce una sorta di finestra che il legislatore ha voluto lasciare aperta sui settori scientifici diversi dal diritto penale. Ai progressi dei quali saggiamente rinvia nel rispetto delle altrui competenze. Così consentendo che la legge penale possa sfruttare i miglioramenti trattamentali intervenuti, rinunciando in tal modo alle misure maggiormente risalenti e meno efficaci. Né ci può essere obiettato che queste conclusioni sono contraddette dal testo degli artt. 200 c.p. e 25, co. 3, Cost., per come prima abbiamo spiegato⁵⁹.

⁵⁹ Vd. *retro*, § 4.

Emerge quindi una ragione in più per confermare le conclusioni alle quali saremmo giunti.

Costituirebbe poi un odioso paradosso ribaltare in direzione illiberale, autoritaria ed inutilmente punitiva una disciplina finalizzata alla cura, al trattamento e alla risocializzazione dei condannati. Risultando contraddittorio ritenere che simili risultati possano essere raggiunti attraverso l'inflizione retroattiva di misure di sicurezza, personali o detentive che siano. Così opinando ci si porrebbe, tra l'altro, in controtendenza rispetto ai massicci interventi del legislatore e della stessa Corte costituzionale, volti a umanizzare le misure di sicurezza, rendendo coerente con le finalità rieducative loro assegnate e con la intervenuta Costituzione repubblicana il volto della loro originaria disciplina.

È chiaro ancora una volta che così facendo si stimolerebbe soltanto la ribellione del condannato, precludendo sul nascere ogni possibile percorso rieducativo.

4.4. *Natura e funzione delle misure di prevenzione.* Abbiamo già avuto modo di osservare come negare la retroattività delle misure di prevenzione non comporti di certo il loro automatico inserimento nell'area del diritto penale e di conseguenza l'applicazione dei relativi benefici convenzionali e costituzionali. Tuttavia non possiamo esimerci dal prendere posizione circa la loro natura. La questione assume infatti una posizione cruciale nel perimetrale l'ambito delle garanzie da apprestare alle misure di prevenzione.

Giova premettere che la dottrina è concordemente orientata nel senso di affermare la natura penalistica di queste misure⁶⁰.

A tale proposito è utile richiamare un recente studio che ha il merito di avere evidenziato, in una prospettiva di ordine generale, che talune misure, anche se formalmente estranee al diritto penale, possono comunque godere delle

⁶⁰ Per un'ampia indagine sul tema, cfr. MANNA (con la collaborazione di D'AGOSTINO), *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, *passim*; ID., *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 10 ss., che qualifica le misure di prevenzione come 'pene del sospetto'. Di recente, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Napoli, 2020, *passim* e spec. 101 ss., 230 ss., 395 ss.; MADIA, *Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Milano, 2020, 369 ss. Con specifico riferimento alla confisca antimafia, MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 3-4, 2012, 54 ss. In argomento, sia consentito il rinvio a D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale. Confronto di idee su: «Il procedimento di prevenzione tra evoluzione e involuzione»*, in *questa Rivista*, 2012, 795 ss. *Contra*, ribadisce la natura squisitamente preventiva delle misure di prevenzione, MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in www.penalecontemporaneo.it.

garanzie a quest'ultimo riservate, come quella della legalità/prevedibilità. Infatti, alcune significative sentenze della Corte EDU hanno negato che la dicotomia punizione/prevenzione possa definire l'ambito del diritto penale. In particolare, con la sentenza *M. contro Germania*, concernente la custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), si è osservato che ha natura afflittiva, che è priva di un programma trattamentale, che la prevenzione – che nel caso di specie si dubita sia perseguita – è comunque una componente della punizione, negando di conseguenza efficacia retroattiva ad una misura di riconosciuta natura penale⁶¹.

Riteniamo di condividere integralmente l'assunto, affermando tra l'altro, con riferimento alle misure di sicurezza e particolarmente a quelle detentive, che queste dimostrano la piena compatibilità dei trattamenti – e quindi della prevenzione – con il diritto penale. Donde l'errore insito nella contrapposizione punizione/prevenzione al fine di delimitare il penale da ciò che non sarebbe tale. Al contrario, le mille sfaccettature che caratterizzano il concetto di 'pena' e le altrettanto innumerevoli funzioni che l'ordinamento le assegna provano l'esistenza di situazioni miste, dove modalità esecutive di tipo segregativo si accompagnano a scopi preventivi.

Ragionare diversamente, d'altronde, vorrebbe dire distorcere il senso stesso del termine 'prevenzione', il quale verrebbe usato come una sorta di etichetta in grado di coprire i significati più diversi. Premesso che è di per sé ambiguo e polisenso perché coniugabile con le diverse vie attraverso le quali può essere perseguito l'obiettivo, nemmeno possono condividersi generalizzazioni che hanno il sapore di un vero e proprio disimpegno dalla questione. Costituisce riprova delle nostre perplessità la prasseologica equivalenza di significati riferiti al sostantivo 'prevenzione'. 'Prevenzione speciale', 'rieducazione', 'risocializzazione', 'trattamento' e 'cura' di personalità tendenti a delinquere, 'interdizione' e 'neutralizzazione' dei reati, sono termini che nell'uso che se ne fa finiscono per assumere un'apparente equivalenza di significati malgrado tra di loro sussistano non trascurabili differenze. Differenze che, per quello che qui più interessa, incidono anche sul tormentato dualismo prevenzione/punizione. Dualismo che al fine di mantenere le misure di prevenzione fuori dall'area del diritto penale si presume talmente netto da escludere ogni rischio di possibile confusione. Infatti, il frequente richiamo all'effetto preventivo delle misure in oggetto – e in particolare di quelle patrimoniali – è in realtà tarato sul ben diversificato versante della prevenzione generale. Cosa, que-

⁶¹ MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 63 ss., il quale non manca di sottolineare il carattere afflittivo delle attuali misure di prevenzione (215).

sta, che esalta l'efficacia dissuasiva e intimidatrice *erga omnes* di una misura presentata come 'esemplare' e che ancor più colloca il proposto nella posizione di un soggetto punito che serva di esempio agli altri per il caso in cui intendessero imitarlo. Deterrenza per tutti, dunque, e strumentalizzazione del ruolo assegnato al prevenuto. Logica, quella della prevenzione generale, che si esprime in termini di prevenzione solo avuto riguardo alla generalità dei cittadini, ma che trascura il diretto interessato rispetto al quale non si intravede alcun progetto di rieducazione.

È per questa ragione che il criterio della funzione è privo di reale capacità esplicativa e delimitativa. Così come tale è quello della 'funzione prevalente'⁶² che, pur ammettendo la contemporanea presenza di punizione e prevenzione, si regge sull'ambiguo e non determinabile concetto di 'prevalenza' che non spiega nemmeno il suo stesso funzionamento. Non tollerando, peraltro, il concetto di appartenenza al diritto penale, come ad ogni altra materia, alcun gradualismo.

Anche per questi motivi in dottrina si esclude l'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione (delle quali si sottolinea la severità della disciplina legislativa e della prassi applicativa), opportunamente osservando che anche al di fuori del diritto penale si pone un problema di legalità⁶³. Osservazione alla quale segue l'ulteriore riflessione secondo la quale, a prescindere da una risalente nozione di 'pena', non si comprende come possano essere tenute fuori dal cerchio delle garanzie misure che incidono gravemente sui diritti dei cittadini. Sul piano della legalità, poi, non può trascurarsi che se le misure di prevenzione fossero retroattive, le disposizioni in esse contenute che vietano comportamenti inosservanti prescrivendone altri di segno contrario, del tutto contraddittoriamente resterebbero prive della capacità di orientare le scelte dei cittadini. Dato che l'ordinamento di costoro presuppone la conoscibilità delle norme e quindi la loro priorità temporale rispetto ai fatti⁶⁴.

Tutte queste riflessioni ci sembrano condivisibili.

Ci permettiamo di aggiungere ancora che il tema della legalità qui è tanto fondato quanto fondato è il rischio che le esclusioni dal diritto penale non siano del tutto disinteressate, così come è stato ancora una volta sottolineato

⁶² Corte cost., n. 196 del 2010, *cit.*, spec. § 2.2.1.

⁶³ ROMANO, *Introduzione. Parole introduttive*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini, Foffani, Torino, 2018, 4.

⁶⁴ Nelle misure di sicurezza, invece, la funzione di orientamento delle scelte d'azione dei cittadini è svolta dalla norma penale incriminatrice a presidio della quale sono poste.

dalla Consulta con la sentenza n. 208/2017.

In questo caso, premesse le differenze tra il processo penale e quello di prevenzione dettate dalle peculiarità di quest'ultimo, la Corte ha sostenuto che tuttavia, allorché è in gioco il bene supremo della libertà, anche il processo di prevenzione deve essere assoggettato alle garanzie fondamentali.

Sulla base di queste considerazioni la Corte ha ritenuto che nei casi di incapacità di partecipare al giudizio, data la preminenza del diritto di difesa e di autodifesa, il processo di prevenzione deve essere sospeso, dandosi così applicazione all'art. 70 c.p.p.⁶⁵

Tutto ciò non tiene ancora conto, però, del volto prevalentemente punitivo assunto dalle misure di prevenzione dopo i 'pacchetti sicurezza' del 2008 e del 2009. In particolare da quando l'attualità della pericolosità sociale - originariamente condizione necessaria ma non sufficiente della misura patrimoniale - è stata sganciata da quest'ultima. Così concependo una prevenzione impossibile perché addirittura priva del suo stesso destinatario. Né può trascurarsi che funzione preventiva e retroattiva risultano caratteristiche tra loro incompatibili, dato che la seconda esalta una funzione del tutto opposta perché orientata in senso ultra-punitivo⁶⁶. Pertanto, nel sostenere la efficacia retroattiva delle misure di prevenzione, nonché nell'escluderle dal diritto penale sulla base della funzione prevalentemente preventiva da esse svolta, si dà luogo ad un vero e proprio paradosso. Quello di non avvedersi che la retroattività di una misura da tutti definita come afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente presidiati, serve soltanto ad esaltarne il ruolo punitivo. Ci sembra infatti un errore metodologico quello di chi, anziché estrarre un concetto da una regola, conduce la lettura della regola alla stregua di un concetto aprioristicamente prestabilito. Tanto più che le misure patrimoniali puntano a scopi non del tutto sovrapponibili rispetto a quelli delle misure personali. Se, infatti, queste ultime non hanno subito negli anni alcuna reale variazione dei propri

⁶⁵ In senso conforme, Corte cost., n. 39 del 2004. È poi curioso notare come in questo caso la Corte, non soltanto abbia comprensibilmente incluso all'interno del diritto di difesa quello di autodifesa, ossia di difesa materiale (sul punto, cfr. Corte cost., n. 188 del 1980, § 6), stranamente del tutto svalutato nella precedente sentenza n. 21/2012, dedicata alla posizione degli eredi del prevenuto. Sentenza nel corso della quale la questione è stata ritenuta infondata sul presupposto che gli eredi subentrano al prevenuto nell'esercizio di ogni diritto processuale del quale quest'ultimo era titolare. Riconoscendo, senza però attribuire alcun peso alla circostanza, che rispetto al *de cuius* gli eredi scontano un diverso rapporto di conoscenza dei fatti. Affermazione dimostrativa che gli eredi, al pari dei soggetti incapaci di partecipare al giudizio, non sempre sono in grado di esercitare il diritto di autodifesa.

⁶⁶ In argomento, ad esempio, Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, Occhipinti, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*.

contenuti finalistici, essendo sempre rimaste ancorate alla tradizionale e ‘generalista’ funzione di controllo sociale (via via estesa a nuove categorie di proponibili)⁶⁷, quelle patrimoniali hanno invece cambiato pelle, colorandosi anche di un nuovo teleologismo. L’introduzione della confisca ‘disgiunta’ dalla pericolosità attuale, se da un lato ha consentito un considerevole ampliamento dell’azione di contrasto ai capitali di provenienza illecita, dall’altro ha finito con l’attribuire allo strumento ablatorio una dimensione che non ha proprio nulla di preventivo, ma che al contrario esibisce una (a tratti esclusiva) connotazione sanzionatoria per ciò che il prevenuto abbia (o si sospetta che abbia) commesso.

Sempre nel solco della necessità di spiegare che le tante modificazioni legislative intervenute nel settore delle misure di prevenzione, malgrado le migliori intenzioni, ne hanno mutato il volto, sbiadendo molto la originaria vocazione preventiva ed enfatizzando l’opposto versante punitivo, vi è da notare che in questa direzione inequivocabilmente depono la introduzione del criterio della sproporzione quale presupposto della misura di prevenzione patrimoniale. Criterio, questo, perfettamente alternativo rispetto a quello tradizionale costituito dalla provenienza del patrimonio da attività illecite in quanto frutto o reimpiego delle stesse⁶⁸. A parte il rilievo che l’intervenuto requisito della sproporzione ha di fatto sostituito quello della provenienza, perché di più agevole e semplificata dimostrazione, svolgendo una funzione assorbente, vi è da osservare che esso risulta del tutto cieco e privo di significatività. Ciò non solo per la sua incapacità di spiegare il modo in cui il patrimonio illecito si sia formato, ma anche per la sua inidoneità a dialogare con l’insostituibile requisito della pericolosità sociale, oggi tra l’altro sganciata dalla misura patrimoniale. A conferma basterà osservare che il rapporto di sproporzione è compatibile anche con percorsi di formazione della ricchezza assolutamente leciti, ma soprattutto non dà conto, per come già abbiamo osservato, della imprescindibile connessione – per la materia delle misure di prevenzione patrimoniali –

⁶⁷ SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 96 ss.

⁶⁸ Come è noto, l’art. 3 l. 24 luglio 1993, n. 256 introdusse, limitatamente al sequestro di prevenzione, l’indizio della ‘sperequazione’ tra il valore dei beni posseduti e i redditi ufficiali, quale elemento sintomatico di derivazione illecita della ricchezza, modificando l’art. 1-ter, co. 2, l. n. 575/1965, nei termini seguenti: «(...) Il tribunale, anche d’ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all’attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego». Successivamente, l’art. 10 d.l. n. 125/2008 ha sostituito il primo periodo dell’art. 2-ter, co. 3, l. n. 575/1965, estendendo alla confisca l’indizio della sproporzione (non più connotato dall’aggettivo «notevole»), prima limitato al solo sequestro.

tra ricchezza sospetta e i fatti dimostrativi della pericolosità sociale. In assenza di queste concessioni, che la norma minimamente valorizza, non può dirsi giustificato l'intervento ablatorio dello Stato che pertanto, in casi del genere, assume contorni non soltanto punitivi, ma ciecamente tali, anche per effetto degli squilibri generati da una irregolare distribuzione degli oneri probatori. Non è un caso, infatti, che le Sezioni unite siano dovute intervenire, integrando l'esangue disposizione legislativa con l'ulteriore requisito della necessaria corrispondenza temporale. Nel senso che i fatti posti a giustificazione del giudizio di pericolosità sociale, per motivare anche il contrapposto versante patrimoniale, devono essere stati compiuti contestualmente all'acquisizione patrimoniale⁶⁹. Il necessario intervento della Corte di cassazione, che somiglia molto ad una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale, è pienamente condivisibile ma ci sembra incompleto. Infatti, per evitare che il requisito della sproporzione continui a manifestare spinte evidenti in direzione della natura punitiva delle misure di prevenzione, bisognerebbe introdurre anche l'ulteriore requisito del rapporto di corrispondenza quantitativa tra il valore dei beni confiscati e l'entità dei proventi illeciti. In caso contrario e cioè nella ipotesi in cui si ritenesse legittimo confiscare quote di patrimoni eccedenti rispetto a profitti illeciti di trascurabile rilevanza, la misura di prevenzione risulterebbe punitiva in quanto, non soltanto ablatoria di quote di patrimonio delle quali non è stata dimostrata la illecita provenienza, ma soltanto l'insignificante sproporzione con i redditi dichiarati, ma soprattutto perché priva di ogni funzionalità in chiave di prevenzione.

La Corte costituzionale si è recentemente avveduta di quanto ci permettiamo di osservare sul punto, operando, in tema di misure di prevenzione, un significativo riferimento alla relazione quantitativa⁷⁰. È chiaro che così facendo si torna al presupposto originario della provenienza da attività illecita o del reimpiego, di fatto eliminando il requisito della sproporzione, ma si potrebbe dire che questo dovrebbe essere il destino delle disposizioni insensate⁷¹.

Nella direzione di negare efficacia retroattiva alle misure di prevenzione sulla base della rigida separazione tra la funzione punitiva e preventiva, soccorre poi il senso da attribuire a taluni significativi arresti giurisprudenziali. Si pensi alla dilatazione del concetto di 'sanzione' che si registra nelle pronunce della

⁶⁹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, *cit.*

⁷⁰ Cfr. Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.2.

⁷¹ MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 107 ss.

Corte EDU⁷². Alla maggiore ‘ampiezza’ attribuita al participio passato «punito» contenuto nell’art. 25 cpv. Cost., con la conseguenza di includere, nel divieto di retroattività illeciti anche diversi da quello penale. Alla riconosciuta irretroattività/retroattività favorevole delle sanzioni amministrative punitive⁷³. All’ampliamento dell’art. 7 C.E.D.U., posto a garanzia del principio di irretroattività, ma ora anche di quello di retroattività *in mitius*⁷⁴. Nonché infine, ai reiterati riconoscimenti della natura afflittiva delle misure di prevenzione e della loro pesante incidenza su diritti costituzionalmente garantiti dei cittadini⁷⁵.

Tutto ciò che abbiamo scritto dimostra infatti come le misure di prevenzione costituiscano una sorte di ‘monade’ dell’ordinamento, che ci si ostina ad escludere dal diritto penale malgrado siano affidate alla competenza del giudice penale.

L’assertoria affermazione che criticiamo non è poi nemmeno scalfita dalla prasseologica constatazione che al diritto penale e al diritto processuale penale si deve obbligatoriamente ricorrere per risolvere ogni questione pratica che ne condizioni l’applicazione.

Ciononostante le misure di prevenzione non sarebbero diritto penale. Ma non sarebbero nemmeno diritto amministrativo punitivo. Qualificazione, quest’ultima, che se riconosciuta per lo meno conferirebbe loro un decoroso statuto di garanzia. Ma non sarebbero neanche diritto civile, data l’indiscutibile appartenenza all’area del diritto pubblico di misure orientate alla difesa sociale che incidono sulle libertà individuali.

⁷² Viene in rilievo, al riguardo, la definizione ‘autonoma’ di ‘materia penale’ elaborata e poi progressivamente affinata dalla Corte EDU, anche al fine di sottrarre l’applicazione delle garanzie penalistiche previste dalla Convenzione al vincolo delle qualificazioni formali dei diversi ordinamenti giuridici interni. In effetti, nella giurisprudenza di Strasburgo sulla *matière pénale* si registra un processo di elaborazione dei parametri dai quali far dipendere l’operatività delle garanzie penalistiche, avviato dal già citato *leading case Engel* e poi scandito da fondamentali tappe quali quelle rappresentate, da un punto di vista teorico, dalle pronunce *Öztürk e Jussila* e, sul piano applicativo, dalle sentenze *Welch e M.*, che hanno segnato altrettante aperture della giurisprudenza convenzionale rispetto al principio generale della irretroattività sfavorevole degli illeciti non formalmente penali. Tanto è vero che non si sa sino a che punto potrà reggere – in una prospettiva solo in parte diversa – la tuttora ribadita estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale.

⁷³ Si veda, ad esempio, Corte cost., n. 223 del 2018.

⁷⁴ Cfr. Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, secondo la quale l’art. 7, co. 1, C.E.D.U., non garantisce solamente il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice debba applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

⁷⁵ Tra le tante, cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit., nonché, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., n. 24 del 2019.

Insomma, così ragionando quello delle misure di prevenzione sembrerebbe uno strano caso di apolidia nel mondo del diritto. Ovvero di irriducibile prevalenza delle etichette sulla realtà. Come se si trattasse di figli illegittimi che si ha imbarazzo a riconoscere.

5. *Il caso deciso dalla sentenza Spinelli.* Sul tema della efficacia nel tempo delle misure di prevenzione le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono così testualmente espresse nella già più volte richiamata sentenza *Spinelli*, replicando le conclusioni alle quali era giunto il giudice di merito: «La Corte distrettuale richiamava l'insegnamento giurisprudenziale di legittimità sulla necessità della verifica incidentale della pericolosità sociale e sull'efficacia nel tempo delle novelle del 2008 e del 2009, in tema di confisca "disgiunta", sul rilievo che il detto ambito di efficacia si estendeva anche a fatti-reato commessi prima dell'entrata in vigore delle stesse riforme, in forza del disposto dell'art. 200 cod. pen., relativo all'applicabilità alle misure di sicurezza della legge vigente al tempo della loro applicazione ovvero, in ipotesi di modifiche normative intervenute in fase di esecuzione, della legge vigente in quel momento (Sez. 1, n. 5361 del 13/01/2011, Altavilla, Rv. 249800).

5. Dallo sviluppo dell'iter logico-giuridico della pronuncia impugnata, balza evidente che all'applicazione della confisca di prevenzione nei confronti delle due prevenute il giudice a quo è pervenuto sulla base delle menzionate novelle, applicate, quindi, retroattivamente. In particolare, ha fatto corretta applicazione del principio dell'irrelevanza del requisito dell'attuale pericolosità sociale e del disposto ampliamento della platea dei destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale, sì da ricomprendere, nel relativo ambito, anche i soggetti indicati alla L. n. 1423 del 1956, art. 1, nn. 1 e 2 tanto da applicare la misura ablatoria proprio sul presupposto dell'appartenenza delle odierne ricorrenti a siffatta categoria.

Viene, così, in evidenza il punto focale della questione di diritto oggi alla cognizione delle Sezioni Unite, ossia l'applicabilità retroattiva delle nuove disposizioni di legge in materia. Ed infatti, se è vero che la proposta di prevenzione, per quanto si è detto, ricadeva, temporalmente, nella sfera di previsione della nuova disciplina, la misura di prevenzione, richiesta ed applicata, si riferiva a situazioni e fatti pregressi, risalenti al tempo in cui si è ritenuto che le prevenute fossero dedite ad attività delinquenziale, come desunto dai numerosi precedenti penali e giudiziari a loro carico».

Abbiamo preferito riportare un intero stralcio della sentenza per evitare il rischio di travisarne le argomentazioni. Offrendo così un quadro quanto più

possibile fedele della questione di diritto devoluta alle Sezioni unite.

Al riguardo vi è da aggiungere che il meccanismo della retroattività nel caso preso in esame dalle Sezioni Unite interviene in una vicenda già contrassegnata dall'infruttuoso esercizio dell'azione di prevenzione, a causa dell'originaria disciplina legislativa concernente il rapporto tra misura personale e patrimoniale, che qualificava la prima come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, della seconda.

Ciò premesso, si deve notare che il giudice di merito, come anche la Corte di cassazione, ritengono di poter ordinare la confisca utilizzando una legge intervenuta perché successiva alla commissione dei fatti per i quali la misura di prevenzione è stata poi applicata. In altri termini, senza l'intervento legislativo posteriore ai fatti oggetto della proposta e l'attribuzione alla legge posteriore di efficacia retroattiva, la confisca non sarebbe stata applicabile, data la impossibilità di qualificare le due donne proposte come socialmente pericolose 'ora per allora'.

In altre parole, ritenere che le misure di prevenzione siano applicabili retroattivamente ha comportato che soggetti che non ne erano destinatari secondo le leggi vigenti al momento dei fatti loro addebitati - circostanza che aveva comportato il rigetto di una originaria proposta - siano divenuti tali sulla base di una legge intervenuta.

È curioso notare che così ragionando si prefigura una vicenda molto simile a quella decisa con la sentenza della Corte costituzionale n. 32/2020. Anche qui si registra l'intromissione della legge posteriore in una controversia giudiziaria, le sorti della quale sono state decise con 'effetto sorpresa'. Ed è ancora più rilevante notare che ciò conduce a sottomettere il cittadino al pericolo di interventi legislativi che incidono su suoi diritti costituzionalmente garantiti, ancorché la legge vigente all'epoca dei fatti inducesse a ritenerli definitivamente acquisiti e consolidati. Con ciò verificandosi non soltanto i danni tipici della pluririchiamata incertezza dei rapporti giuridici, ma anche quelli propri dell'incalcolabilità delle conseguenze sfavorevoli alle quali il cittadino e tutti i suoi eventuali eredi restano perennemente esposti.

Con l'aggravante - se il termine può esserci fatto passare - che in questo caso l'applicazione retroattiva non deriva da una disposizione legislativa, ma dalla interpretazione dei giudici. Peraltro, per come abbiamo più volte ricordato, nessuno può negare che l'eventuale carenza di norme regolative della successione tra leggi nel tempo è automaticamente colmata dall'art. 11 delle preleggi.

Anche qui, come per le misure di sicurezza, ci si dovrebbe chiedere di quale

prevenzione parliamo se pensiamo di attuarla a mezzo di leggi retroattive. Ossia di leggi che concretizzano il senso di una punizione che si potrebbe definire sleale. Ancora una volta per l'evidente ragione che il destinatario di un trattamento retroattivo e sfavorevole apprezzerà la legge - o, peggio, l'interpretazione - che lo ha giustificato come punitiva ed ingiusta. Tale cioè da suscitare sentimenti di ribellione.

6. *La retroattività è inconciliabile con ogni misura di carattere afflittivo e limitativo dei diritti. L'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione.* A ben riflettere la questione della retroattività delle misure di prevenzione è più limitata di quanto si possa pensare. Già il richiamo, sia pure in tema di misure di sicurezza patrimoniali, alla giurisprudenza che ne limita la retroattività al solo caso dell'applicazione, ma non a quello della esecuzione⁷⁶, seguendo la logica della "assimilazione", dovrebbe produrre analoghi risultati anche con riferimento alle misure di prevenzione. La circostanza testimonia come nel caso la Corte di cassazione abbia fatto ricorso ad un vero e proprio procedimento analogico, trasferendo la disciplina espressamente dettata per le misure di sicurezza dagli artt. 236 e 200 c.p. alle misure di prevenzione. Come se tale disciplina si debba ritenere automaticamente applicabile a queste ultime in quanto dettata per le misure di sicurezza. Pur condividendosi il rilievo secondo il quale in materia di misure di sicurezza patrimoniali il meccanismo di cui all'art. 200 c.p. è richiamato dal successivo art. 236 c.p. limitatamente alla fase dell'applicazione e non anche a quella esecuzione, ciò dimostra come sotto la impropria etichetta della 'assimilazione' si reputi di poter operare un totale trasferimento delle regole dettate espressamente per un istituto all'altro. A prescindere dalla necessità di regolare la fase della esecuzione delle misure di prevenzione in maniera differenziata rispetto a quello dell'applicazione e data soprattutto l'assenza di alcun problema pratico da risolvere quanto alla intervenuta variazione di misure di prevenzione applicate ed eseguite.

In aggiunta - e questa volta con esclusivo riferimento alle misure di prevenzione - in caso di pericolosità qualificata (o da reato) è ben difficile parlare di retroattività. In effetti, premesso che il presupposto di questa forma di pericolosità è il reato, lo statuto costituzionale di quest'ultimo inevitabilmente le condiziona, così assicurando il divieto di retroattività sfavorevole. Divieto che, in virtù di quanto sin qui osservato deve riconoscersi anche alle misure na-

⁷⁶ Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2015, Meluzio, cit.

scenti da pericolosità generica, nella misura in cui quest'ultima fa riferimento alla condizione di chi vive, in tutto in parte, dei proventi di attività delittuose. Al riguardo sarebbe anche irragionevole una diversa disciplina dell'applicazione nel tempo delle misure di prevenzione basata sulla diversa natura della pericolosità - se generica o specifica - che ne impone l'applicazione. Particolarmente se valutata in relazione ai medesimi effetti patrimoniali che da entrambe le ipotesi di pericolosità possono conseguire⁷⁷.

Resta poi ferma la già manifestata convinzione circa la incompatibilità tra un sistema di vera prevenzione e la sua applicazione retroattiva.

Siamo semmai dell'idea che il vero predicato della prevenzione sia la irretrattività. Il dialogo tra Stato e prevenuto che ogni sistema che si ispiri a queste finalità deve necessariamente perseguire, in caso contrario si reggerebbe su presupposti di vera e propria arbitrarietà.

Se poi si convenisse sulla opportunità di prescindere dalla formalistica e fin troppo gracile contrapposizione tra punizione e prevenzione, cui soltanto si deve la esclusione di queste misure dal perimetro delle garanzie, ben si comprenderebbe che, addirittura anche sulla scorta dei criteri *Engel* - per quel poco che possono valere - le misure di prevenzione meriterebbero di essere qualificate come 'punitive'. La pur riconosciuta natura afflittiva e limitativa di diritti costituzionalmente rilevanti, anche se associata a finalità preventive, dovrebbe semmai comportare, ammesso che ciò abbia un senso, la prevalenza del momento punitivo. Assoggettandole, così, nel rispetto di noti e consolidati principi generali, alle garanzie riservate alla funzione maggiormente limitativa dei diritti. Solo così, ossia mettendo insieme legalità e divieto di retroattività, sarà possibile ovviare all'insoddisfacente statuto costituzionale delle misure di prevenzione⁷⁸.

⁷⁷ Vd. art. 16 d.lgs. n. 159/2011.

⁷⁸ Corte cost., n. 24 del 2019.