

Domenico Pulitanò

Il diritto penale e il tempo. Tempi della norma, del giudizio, della pena

1. *Il diritto nel tempo, il tempo nel diritto*

1.1 Il diritto sta nel tempo: nei tempi della storia, della vita di generazioni che fioriscono e declinano¹, di persone che *in brevi spatio mutantur ... et quasi cursores vitae lampada tradunt*². Per il diritto il tempo «è una caratteristica costitutiva, comprendere il diritto vuol dire comprenderlo come storia... La scienza giuridica è una scienza storica ... Conserva le tracce di un pensiero in movimento, procede in un modo che è insieme cumulativo e selettivo»³.

Le riflessioni qui proposte riguardano il settore dell'ordinamento che definiamo diritto criminale pensando alla dimensione precettiva, e diritto *penale* pensando alle sanzioni. La norma generale e astratta trasmette un messaggio complesso: il precetto da rispettare, e la chiamata a rendere conto per il caso di trasgressione (il profilo sanzionatorio). Il detentore del potere legale (nel nostro mondo lo Stato Leviatano, detentore del monopolio della forza) intende legare gli uomini, *by the fear of punishment*⁴, all'osservanza dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura. I precetti concorrono a definire doveri, diritti e aspettative, equilibri (o squilibri) fra autorità e libertà, condizioni (buone o cattive) di funzionamento della società civile.

Nel nostro orizzonte di civiltà, il diritto criminale/penale sta nel tempo sotto forma di principio di legalità: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*. C'è un tempo della norma, il tempo nel quale la previa norma precettiva richiede osservanza, e può realizzarsi l'inosservanza. C'è un tempo per possibili reazioni all'inosservanza (reale o ipotizzata).

¹ *Iliade*, VI, v. 146s.

² Lucrezio, *De rerum natura*, II, v. 78-79.

³ M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 64-65, p. 22.

⁴ Th. Hobbes, *Leviathan*, 1651.

Non è l'applicazione della pena legalmente prevista la ragion d'essere del diritto *criminale*. «Contrariamente a quel che per lo più si ritiene, il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo»⁵. «Il diritto non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l'esigenza umana di ordine e di garantita libertà d'azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura»⁶ (o della dismisura, in ordinamenti cattivi).

La minaccia legale di sanzioni è strumentale all'obiettivo primario, l'osservanza dei precetti. Problemi di applicazione in casi concreti sorgono là dove l'obiettivo primario non sia stato raggiunto.

1.2 Il diritto criminale/penale ha a che fare con domande di sicurezza. L'idea di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia segna l'approccio ai problemi del penale nella costruzione europea. La sicurezza dei diritti riconosciuti dall'ordinamento ha bisogno dell'esercizio dei poteri del Leviatano, anche del buon funzionamento di un diritto penale classicamente generalpreventivo⁷.

L'interesse che chiede sicurezza può teoricamente essere un diritto o interesse qualsiasi: sicurezza della vita, dell'integrità fisica, della libertà in tutti i suoi aspetti, del patrimonio, di assetti istituzionali. L'idea di sicurezza definisce un'esigenza di tutela anticipata di interessi finali, nell'ottica della prevenzione di pericoli.

Weltrisikogesellschaft, società globale del rischio, è stato definito il mondo attuale⁸. Il secolo iniziato l'11 settembre 2001 è segnato da fondamentalismi violenti, organizzazioni criminali potenti, regimi autoritari o terroristici; anche da rischi collegati ad attività produttive lecite. Il teorico della società del rischio ha osservato che «non è essenziale che noi viviamo o meno in un mondo 'oggettivamente' più sicuro di tutti i mondi precedenti — l'anticipazione inscenata delle distruzioni e delle catastrofi obbliga ad agire preventivamente»⁹.

I diritti di libertà sono *Abwehrrechte*, diritti di difesa dalla coercizione statale. La libertà è formalmente costituita e garantita dai principi dello Stato di diritto, che segnano limiti (più o meno rigidi) alla potestà dello Stato, ed

⁵ Così il filosofo S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 107. Citato da T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

⁶ S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, Morcelliana-Scholè, 2018, p. 125.

⁷ M. Donnini, M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Bologna University Press, 2011.

⁸ U. Beck, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁹ Ivi, p. 21.

al diritto penale in particolare: «le norme giuridiche che creano le premesse perché possiamo vivere in libertà non debbono esse stesse compromettere le nostre libertà»¹⁰. Fra i fattori di rischio, di fronte ai quali si pongono esigenze di sicurezza, ci sono anche il diritto penale e la macchina del *law enforcement* penalistico.

2. Tempo della norma. Interpretazione, osservanza, inosservanza

Nel tempo di vigenza di norme precettive si collocano i problemi dell'osservanza: problemi di tutti nella vita quotidiana. Come giuristi siamo abituati a guardare ai messaggi legislativi come problemi d'interpretazione, di competenza di interpreti professionali. L'usuale impostazione centrata sul rapporto fra legge e giudice coglie un aspetto importante, ma non la radice di problemi che riguardano innanzi tutto i destinatari dei precetti legali, tenuti all'osservanza e interessati alla protezione legale¹¹.

I precetti fondamentali del convivere (il decalogo biblico ne è un archetipo) li impariamo fin da bambini: non far male ad altri, non rubare, non dire bugie. E via via prendiamo conoscenza di doveri più specifici, oggetto di discipline che mutano nel tempo, di complessità crescente con l'evoluzione delle società umane, che hanno rilievo per la società in cui viviamo e per le nostre scelte d'azione,

Secondo un principio fortemente radicato nella tradizione, l'ignoranza dei doveri legali non può essere addotta a scusa. Una storica sentenza della Corte Costituzionale (n. 364/1988) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale¹². «Lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato»: la riconoscibilità dell'illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, «secondo aspetto del principio di legalità». Esprime questa esigenza il *topos* della prevedibilità, contrassegno della legalità penalistica nella giurisprudenza della Corte EDU.

Il sapere necessario per agire in modo corretto nella vita quotidiana è molto più che la conoscenza del diritto vigente *hic et nunc*. Un'antica saggezza dice che il diritto è *humanarum rerum notitia, iusti et iniusti scientia*. Un

¹⁰ R. Dahrendorf, *Libertà attiva. Sei lezioni su un mondo instabile*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 90, esprime l'approccio della cultura politica e giuridica liberale.

¹¹ «Forse è giunto il tempo di cominciare a costruire il diritto anche dalla parte di quelli che la tradizione ha chiamato, con implicito dispregio, i destinatari del comando»: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 74.

¹² D. Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, «Rivista Italiana di diritto processuale penale», 1988, pp. 686 s.

sapere sul mondo e sulle cose umane è necessario per orientarsi nel mondo dei fatti, anche per le valutazioni normative. Al livello minimo entra in gioco la competenza linguistica, con il sapere di base in essa incorporato¹³. Per comprendere e valutare ciò che noi o altri facciamo, talora basta l'esperienza comune, talora serve un sapere scientifico sofisticato.

La dottrina penalistica ha analizzato le tecniche di formulazione dei precetti, ovvero di tipizzazione delle fattispecie: l'uso di concetti descrittivi (riferiti a dati di puro fatto) e di concetti normativi, che fanno riferimento a valutazioni culturali o sociali¹⁴. Problemi rilevanti per l'osservanza di norme penali possono nascere sia da mutamenti di fatto (per esempio da tecnologie nuove che pongono nuovi problemi di sicurezza), sia da mutamenti nelle valutazioni socioculturali, là dove la norma di legge vi fa riferimento nella descrizione del fatto vietato (o comandato) quale parametro della valutazione giuridica di comportamenti o di manifestazioni espressive.

Un esempio per tutti: il comune sentimento del pudore. Mutamenti spettacolari nelle valutazioni normative di fatti concreti sono avvenuti in ragione di mutate valutazioni sociali, in costanza del medesimo testo di legge.

3. *Tempo del giudizio*

3.1 L'attività che definiamo giustizia penale è storia in azione, parte di una storia più generale. Nei suoi contenuti è anche storiografia di fatti passati. Si presta ad essere ironicamente inquadrata nell'ironica definizione della storia con la quale Manzoni introduce il suo grande romanzo: guerra illustre contro il tempo, che richiama in vita fatti passati, talora già fatti cadaveri, e li schiera di nuovo in battaglia. In una iconografia largamente usata la giustizia ha la spada, accanto alla bilancia¹⁵: la forza e la misura.

Il *law enforcement* penalistico si svolge in tempi più o meno lunghi: l'indagine, il giudizio, e poi l'eventuale esecuzione di quanto disposto nel provvedimento che chiude il giudizio.

Il giudice giudica su fatti concreti. La sua funzione, ha scritto Hannah Arendt¹⁶, è uno fra gli «importanti modi esistenziali di dire la verità», accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi inda-

¹³ «Tutto nel diritto è parola; nulla, nel diritto e per il diritto, può uscire fuori della parola: parole, dette o scritte, di leggi, decisioni giudiziarie, accordi fra privati e via seguitando. Il problema del diritto s'identifica appieno con il problema del linguaggio». N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020.

¹⁴ Nella letteratura penalistica, L. Risicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 2004. Un'analisi della giurisprudenza, in alcuni campi non solo penali: *Valori socioculturali nella giurisprudenza*, Roma-Bari, Laterza, 1970.

¹⁵ A. Prosperi, *Giustizia bendata*, Torino, Einaudi, 2008.

¹⁶ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, Einaudi, 2004.

ga sui fatti, del testimone e del cronista. Ma a differenza della scienza pura, la giurisdizione è esercizio di potere: il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Anche l'accertamento di fatti e l'interpretazione del diritto, quando sono opera di un giudice nel processo, sono esercizio di potere.

Nell'ordinamento italiano è stato costituzionalizzato il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost., novellato nel 1999). Mette a fuoco problemi legati ai costi del processo per le persone coinvolte. Costi certi: economici, esistenziali, sociali. Indagini e processo possono incidere su libertà in via di principio inviolabili: libertà personale, segretezza delle comunicazioni, sfere private. La ragionevole durata del processo risponde all'esigenza di porre limiti temporali all'esercizio di poteri dell'autorità, e a costi umani che potrebbero risultare ingiustificati, o comunque sproporzionati.

3.2 Sia per il giudizio sulla responsabilità, sia per la statuizione sulla pena, possono venire in rilievo mutamenti dell'ordinamento successivi al fatto *sub iudice*.

È insito nel principio di legalità il divieto di retroattività *in malam partem*, sia dei precetti e dei criteri di attribuzione di responsabilità¹⁷ sia delle sanzioni. Risponde alla ratio del principio di legalità la retroattività favorevole. In ordinamenti liberali l'*abolitio criminis* esclude la responsabilità per fatti che secondo la legge del tempo costituivano reato, e travolge anche il giudicato¹⁸. Viene in rilievo qualsiasi restrizione dell'area dell'illecito, sia delle fattispecie di reato, sia dei criteri d'imputazione.

Legge del tempo è quella vigente al tempo della condotta inosservante. Nei reati con evento naturalistico (omicidio, lesioni personali, disastri) condotta ed evento possono essere simultanei (il colpo d'arma che uccide subito) o distanziati nel tempo, di poco o di molto (anche di molti anni). Con riguardo all'attribuzione di responsabilità, la distanza temporale tra condotta ed evento non ha rilievo.

Mutamenti legislativi *in bonam partem*, successivi alla condotta, hanno rilievo sia se anteriori sia se posteriori all'evento.

3.3 Negli usuali modelli di giustizia penale il fluire del tempo non viene tematizzato. *Quicquid latet apparebit, nil inultum remanebit*: il *dies irae* esprime l'idea di una giustizia compiuta, definitiva, alla fine dei tempi. Le idee

¹⁷ «*Malum inflictum ob factum nondum lege vetitum poena non est, sed factum hostile*». Th. Hobbes, *Leviathan*.

¹⁸ Nel codice penale italiano, art. 2.

correnti di giustizia penale hanno sullo sfondo questo modello. «*Giustizia mosse il mio alto fattore ... E io eterna duro*», sta scritto sulla porta dell'inferno dantesco¹⁹.

Il tempo traveste tutte le cose, «l'estreme sembianze e le reliquie della terra e del ciel»²⁰. Fuori dell'orizzonte del diritto, la dimensione temporale viene in rilievo là dove si chiede conto – sul piano culturale o morale o politico – di fatti e comportamenti del passato, vicino o lontano. Anche se i fatti avvenuti sono e restano quello che sono stati («*what's done cannot be undone*», Shakespeare fa dire a lady Macbeth) il loro significato per l'oggi può essere diverso, in ragione di fatti avvenuti nel tempo successivo e anche del mero scorrere del tempo.

4. *Il tempo e la pena*

4.1 Là dove sia riconosciuta la responsabilità dell'imputato, la giustizia delle risposte al reato (nella legge e nel *law enforcement*) è questione ulteriore rispetto alla correttezza fattuale e giuridica del giudizio sul reato. Deve confrontarsi anche con la specifica problematicità delle scelte punitive.

Le teorie della pena sono modelli giustificativi di politiche del diritto²¹, teorie che *possono dare impulso e struttura a un discorso pubblico sul senso della pena statale*²²: prevenzione (*punitur ne peccetur*) e retribuzione (*punitur quia peccatum est*). La dimensione precettiva risponde alla finalità preventiva del diritto criminale. L'ottica retributiva ha riguardo alla sanzione.

In un senso puramente formale (confacente al linguaggio della teoria) la pena può essere definita “retribuzione” del reato, quali che siano le ragioni (buone o cattive) addotte a giustificazione. L'ancoraggio al *quia peccatum est*, espresso dall'idea retributiva, definisce ciò che si usa definire giustizia penale: reazione punitiva contro l'autore di un fatto che l'ordinamento giuridico valuta come un illecito grave.

L'ancoraggio della sanzione a un illecito colpevolmente commesso ha una valenza morale fondamentale, collegata al principio responsabilità, ed una valenza garantista: taglia fuori tecniche di risposta orientate alla mera prevenzione di fatti futuri, indipendentemente dall'accertamento di responsabilità per un illecito commesso in passato.

¹⁹ D. Alighieri, *Inferno*, II, v. 4, 8.

²⁰ U. Foscolo, *I sepolcri*.

²¹ Non descrizioni della realtà: «Nessuna teoria della pena – da quelle plurisecolari a quelle più recenti – riesce a spiegare in maniera appagante ed esaustiva il fenomeno del punire considerato nella molteplicità delle sue forme». G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 38.

²² W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna, il Mulino, 2009, p. 107.

Il finalismo *ne peccetur* intende giustificare innanzi tutto la minaccia legale, pensata come deterrente, strumento di prevenzione generale e/o speciale. La finalità di prevenzione risponde a problemi di sicurezza; il suo rapporto con la giustizia è un problema aperto.

Dopo che il reato sia stato commesso, la condanna dell'autore dovrebbe contribuire alla tenuta del sistema, mostrandone l'effettiva capacità di funzionamento. Per il condannato può valere come ammonimento mirato, e come contesto aperto a finalità quali la "rieducazione" (specificamente indicata nell'art. 27 Cost.) e/o la riparazione dell'offesa. In ottica autoritaria la pena può avere valenza pura di neutralizzazione del condannato.

Delle teorie della pena può essere fatto un uso critico. Sia l'idea di giustizia retributiva, sia le concezioni preventive additano ragioni rilevanti per la costruzione, il funzionamento, la valutazione delle risposte degli ordinamenti giuridici. Nella discussione dottrinale le idee della retribuzione e della prevenzione sono presentate come contrapposte. Per un diritto penale ragionevole sono punti di vista entrambi importanti: non soluzioni, ma posizione di problemi.

Diritto e giustizia sono due facce di un problema²³. La distinzione concettuale fra diritto e giustizia, fra diritto e morale, consente di porre in relazione i due piani²⁴. È il linguaggio del positivismo giuridico, il più idoneo per la formulazione dei problemi di giustizia (o ingiustizia) di istituti giuridici realmente esistenti o progettati.

Per il contenuto affittivo che per definizione la caratterizza, la pena è di per sé un *malum*, come riconoscono anche i retribuzionisti²⁵. A quali condizioni il *malum* della pena minacciata e/o inflitta possa risolversi in un *bonum* – un *rendere giustizia* – è un problema che può essere sempre sollevato. Il dosaggio del *farmakon* penalistico, prima legislativo e poi giudiziario, può essere dose medicinale, ma anche ineffettiva o nociva o addirittura venefica.

4.2 Sul senso o funzione della pena, elemento di novità nel dettato costituzionale è il «devono tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, 3° comma). Non è la ragion d'essere del diritto criminale-penale, che è la sicurezza hobbesiana. È l'unica finalità specificamente indicata nella Costituzione²⁶.

²³ «La giustizia è, per le istituzioni sociali, per l'esperienza giuridica in quanto tale, quello che la verità rappresenta per i sistemi di pensiero, ossia un valore imprescindibile e prioritario». N. Lipari, *Elogio della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 9.

²⁴ «Il rapporto fra morale e diritto conserva un valore fondante per il diritto penale: sia per separare che per unire queste due dimensioni». M. Donnini, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del diritto*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 60, 1, 2017, p. 34.

²⁵ Basti ricordare G. Bettiol, *Punti fermi in tema di pena retributiva*, «Scritti giuridici», Padova, Cedam, 1966, pp. 973 ss.

²⁶ Sulla discussione nella assemblea costituente cfr. L. Garlati, *Punire per (ri)educare. Il fine della*

Nei decenni della Repubblica la valorizzazione dell'idea rieducativa è avvenuta per passi successivi, non senza resistenze. La giurisprudenza costituzionale sulla pena ha inserito il nuovo principio – la tendenza alla rieducazione del condannato – in un modello polifunzionale o sincretistico, confermando la rilevanza delle tradizionali finalità di dissuasione, prevenzione, difesa sociale. Tra le finalità della pena non può «stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione»: il legislatore può far prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra delle finalità della pena coerenti col sistema costituzionale, «nei limiti della ragionevolezza» e «a patto che nessuna di esse risulti obliterata»²⁷.

Di questo modello la dottrina ha analizzato pregi e difetti²⁸. La prospettiva di una “rieducazione” gestita dal Leviatano è intrinsecamente problematica. Campi c.d. di “rieducazione” sono tipici di ordinamenti spiccatamente autoritari. Ordinamenti liberali sono tenuti al rispetto della libertà di coscienza di chiunque. Sarebbe comunque aprioristico e moralistico ritenere che tutti i condannati siano bisognosi di un qualche “trattamento rieducativo”.

In un ordinamento di democrazia liberale l'idea della “rieducazione” va interpretata alla luce del rispetto dovuto alla libertà morale delle persone. Viene in rilievo per tutte le scelte relative alla pena²⁹: sia per la pena edittale sia per la commisurazione e applicazione in concreto, non solo per l'esecuzione della pena. Può essere considerata “rieducativa” una pena che assicuri le condizioni di un “rispondere” per il reato commesso (in carcere o fuori) che sia significativo per il condannato, nel rispetto della dignità personale e della libertà di coscienza.

Per autori di reato socialmente o culturalmente svantaggiati, la rieducazione va vista nella prospettiva dell'art. 3 cpv. Cost.: rimozione di ostacoli al pieno sviluppo della persona umana e alla partecipazione alla vita della società.

In questi termini, l'idea della rieducazione è uno (non l'unico) fra i principi portanti del sistema legale delle risposte ai reati. La giurisprudenza costituzionale lo ha valorizzato in collegamento con il principio d'eguaglianza.

4.3 Per la costruzione del sistema di risposte legali al reato, la dimensione temporale ha sempre rilievo, in qualsiasi ottica: giustizia retributiva, prevenzione, riparazione dell'offesa, rieducazione.

pena fra penale e rieducazione, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 3, 2021, *Il castigo*, pp. 177-198.

²⁷ C. Cost. n. 264/1974, n. 306/1993.

²⁸ G. Fiandaca, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, pp. 134 ss.

²⁹ A partire dalla sentenza n. 313/1990.

Nel diritto penale moderno si è affermata la pena detentiva, come alternativa al dominio della pena di morte (peraltro tuttora vigente in Stati importanti) e di pratiche punitive crudeli, incidenti sul corpo. La fortuna storica della pena detentiva non è casuale. «Conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa. E tuttavia non ‘vediamo’ con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno»³⁰.

Anche pene non detentive (di qualsiasi tipo: interdittive, prescrittive, pecuniarie) si inseriscono nel fluire della vita nel tempo.

Per la costruzione di un sistema sanzionatorio centrato sulla pena detentiva, la durata temporale delle pene è l'elemento determinante della struttura del sistema. Per l'articolazione di un sistema di pene edittali si pone il problema di un ragionevole rapporto tra gravità dei tipi di reato e severità delle risposte legali.

Nella formale contrarietà alla norma, tutti i peccati sono uguali, dice il paradosso degli stoici³¹. Quanto alla gravità della pena, è giusto distinguere. *Quis paria esse fere placuit peccata, laborant, / cum ventum ad verum est: sensus moresque repugnant / atque ipsa utilitas, justi prope mater et aequi*³².

Il passaggio da una condizione di libertà ad una di illibertà incide su un diritto che in ordinamenti liberali è in via di principio inviolabile. La pena detentiva è una pena grave, quale che ne sia la durata: la sua esecuzione è astrattamente conforme a un tipo di delitto contro la libertà personale, e perciò pone problemi di giustificazione nel senso più pregnante.

Una distinzione concettuale importante è stata posta in evidenza sotto le etichette di proporzionalità ordinale e cardinale³³. Proporzionalità ordinale (o relativa): rapporto fra le pene previste per i diversi tipi di reato: un problema di coerenza assiologica del sistema complessivo. Proporzionalità cardinale: rapporto diretto fra la gravità di un tipo di reato e l'entità della pena: un problema di autonoma valutazione di ciascun pezzo del sistema. L'idea di proporzione fra reato e pena è un limite alla potestà punitiva, secondo una logica potenzialmente antinomica rispetto a finalità preventive³⁴.

La pena massima, per i delitti più gravi in assoluto, è punto di ancoraggio per la strutturazione del sistema secondo criteri di ritenuta proporzione ordinale. Oggi in Italia e in molti altri paesi la pena massima è l'ergastolo, la pena detentiva a vita³⁵. Gli ambiti d'applicazione sono diversi, più o meno ampi.

³⁰ M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1976, p. 252.

³¹ «*Peccare est tamquam transire lineas: quod cum feceris, culpa commissa est: quam longe progrediare, cum semel transieris, ad augendam transeundi culpam nihil pertinet*». Cicerone, *Paradoxa stoicorum*.

³² Orazio, *Satire*, libro I, 3, 96-98.

³³ F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 220.

³⁴ Ivi, p. 219.

³⁵ Un quadro d'insieme in D. Galliani, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale*

Il problema di proporzione si pone per qualsiasi tipo e qualsiasi misura di pena. Per le pene detentive viene in rilievo non solo la gravità dei tipi di delitto, ma anche la gravità della rottura esistenziale cagionata dall'ingresso in carcere. In una società davvero sensibile al valore della libertà personale, un tipo d'illecito che possa giustificare la minaccia del carcere dovrebbe essere caratterizzato da un'offensività elevata³⁶.

Nella presente situazione in Italia, la comminatoria edittale di pene detentive è prevista (di fatto non applicata) anche per contravvenzioni e per delitti non gravi. Può essere vista come esibizione politica, e come segnale di difficoltà politiche nella costruzione di modelli sanzionatori meno severi. Fuori del diritto criminale in senso stretto (delitti molto gravi) l'idea di proporzione suggerirebbe (esigerebbe) modelli sanzionatori diversi dal ricorso alla pena detentiva, che non spezzino i normali modi di convivenza in una società fondata sulle libertà³⁷.

Nella costruzione di modelli sanzionatori, una variante tecnica molto utilizzata è la previsione di circostanze aggravanti e attenuanti. Le c.d. circostanze non sono (come invece si usa dire) una forma di manifestazione del reato: sono una possibile forma della risposta normativa al reato. Nell'ordinamento italiano vigente la disciplina delle circostanze è un fattore di espansione³⁸ (e talora di distorsione) degli spazi di discrezionalità applicativa nella commisurazione della pena, molto ampliati dalla generalizzazione del bilanciamento fra aggravanti e attenuanti, nucleo importante della riforma del 1974³⁹, la prima riforma di sistema nei decenni della Repubblica.

4.4 Per la costruzione di un sistema sanzionatorio secondo criteri di proporzione *ordinale* viene in rilievo il principio d'eguaglianza, in collegamento con altri principi costituzionali, in particolare l'idea di pena rieducativa. Significative applicazioni sono state fatte dalla giurisprudenza costituzionale, a partire da C. Cost. n. 27/1979: l'equiparazione del trattamento punitivo, al

penale comparato, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2022, pp. 109 s.

³⁶ Tipi d'intervento incidenti sulla dignità e libertà personale non possono giustificarsi se non per necessità di tutela concernenti beni «*se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, almeno dotati di rilievo costituzionale*». F. Briciola, voce *Teoria generale del reato*, in Nov. dig. it., XIX, Torino, 1973, p. 15. D'interesse C. Cost. n. 150/2021, sulle pene per la diffamazione.

³⁷ La proposta di eliminare l'arresto per contravvenzioni è un tratto comune dei progetti di riforma del codice penale elaborati da commissioni di matrice accademica, nel 2000 (Commissione Grosso; Testo e relazione del progetto Grosso «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2001, pp. 574 ss.) e in anni di poco successivi (Nordio, Pisapia).

³⁸ F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere del giudice sulle circostanze*, «Rivista italiana di Diritto Processuale Penale», pp. 1743 ss.

³⁹ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, «Rivista italiana di Diritto Processuale Penale», 1992, p. 424.

livello più elevato, di fatti di gravità diversa, può arrivare allo *stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco*.

Il controllo di legittimità di pene edittali è stato a lungo legato all'individuazione di un *tertium comparationis*, rispetto al quale valutare la proporzione ordinale. Si è poi emancipato da questo schema⁴⁰, ferma restando l'esigenza di trovare agganci per la rideterminazione della pena⁴¹.

Al di là degli spazi aperti al sindacato della Corte costituzionale, si pone per la politica legislativa il problema della proporzione cardinale, cioè dei livelli delle singole cornici edittali in rapporto alla gravità dei tipi di reato per cui sono previsti. L'idea di proporzione cardinale non addita soluzioni univoche, ma esprime un'esigenza di ragionevole misura. Tendenzialmente, un'esigenza di moderazione, *ne scutica dignum horribili sectere flagello*⁴².

È un problema di proporzione cardinale la disciplina del concorso di reati. Il lessico della proporzione fra reati e pene si presta ad essere retoricamente utilizzato sia in chiave rigorista, a sostegno del criterio del cumulo materiale, sia a sostegno di versioni del cumulo giuridico. Nell'ordinamento italiano vi è stato un progressivo ampliamento degli spazi del cumulo giuridico (reato continuato e concorso formale) che potrebbe (dovrebbe) ragionevolmente arrivare al superamento del cumulo materiale, espressione di coerenza astratta e autoritaria.

4.5 Per la commisurazione della pena, fatti successivi al commesso reato possono venire in rilievo *in bonam partem*. Fra le circostanze attenuanti hanno particolare importanza quelle che danno rilievo a comportamenti positivi quali il risarcimento del danno, o l'adoperarsi per eliminare le conseguenze del reato commesso (art. 62 n. 6 cod. pen.).

In leggi speciali (legislazione antiterrorismo e antimafia) sono state introdotte attenuanti premiali per la collaborazione processuale, che comportano forti riduzioni di pena. L'esperienza ha mostrato sia l'utilità sia i problemi di normative premiali. Un grande contributo è stato dato nei primi anni '80⁴³ alle indagini che hanno portato alla distruzione delle bande armate degli anni di piombo.

⁴⁰ A partire da C. cost. 10 novembre 2016 n. 236.

⁴¹ D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate*, «Sistema penale», 1 febbraio 2021. Fra le più significative dichiarazioni d'illegittimità costituzionale: la sentenza n. 40/2019, relativa a un minimo edittale in materia di stupefacenti (era stata preceduta da un monito rivolto al legislatore, inserito in decisioni di inammissibilità).

⁴² Orazio, *Satire*, I, 3, v. 119.

⁴³ A partire dal d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito in legge 6 febbraio 1980 n. 15.

Contro le attenuanti premiali per i “collaboratori di giustizia” è stata mossa un’obiezione radicale: il «paradossale capovolgimento di un classico principio garantista: quello della proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza»⁴⁴. È un’obiezione che pone un problema di giustizia retributiva, ma opera un paradossale capovolgimento dell’invocata funzione garantista dell’idea della proporzione fra pena e colpa: che è “principio garantista” in quanto si ponga come criterio od istanza di delimitazione verso l’alto della coercizione statutale, opponendosi a pene sproporzionate per eccesso.

Il principio di uguaglianza di per sé non si oppone all’adozione di tecniche premiali di incentivazione alla collaborazione processuale: il fatto della collaborazione introduce fra la posizione del collaborante e quella di chi non collabora una differenza non irragionevolmente valutabile dal punto di vista di interessi e criteri rilevanti per il sistema penale, che può essere ragionevolmente presa in considerazione fra gli elementi atti a differenziare la risposta penale in concreto.

Una disciplina temporanea molto favorevole (riduzioni di pena) è stata introdotta (legge 18 febbraio 1987, n. 34) anche per la dissociazione dal terrorismo, non accompagnata da attività di collaborazione processuale. Fu una scelta politicamente sofferta, della quale hanno beneficiato autori di delitti gravi, pentiti ma non disposti ad accusare altri. Può esservi riconosciuto un significato di riequilibrio equitativo legato al tempo, a mutamenti significativi di persone uscite dal mondo della violenza politica, a possibilità di ricomposizione di rapporti personali e sociali⁴⁵.

Nella giurisprudenza costituzionale è emersa la rilevanza *in bonam partem* della freccia del tempo per la commisurazione della pena. È significativa la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell’art. 62-bis, comma 4, nella parte in cui stabiliva che, ai fini delle attenuanti generiche, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato. Tale esclusione contrasta col principio di ragionevolezza (art. 3) e con la finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3): la condotta susseguente al reato «può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali»; e l’obiettivo della rieducazione del condannato «non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una considerazione critica del proprio operato»⁴⁶.

⁴⁴ L. Ferrajoli, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, «Questione giustizia», 1982, p. 217.

⁴⁵ Sulla storia del problema della dissociazione, M. Galfrè, *La guerra è finita*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

⁴⁶ Corte cost. n. 183/2011. Nella stessa linea si collocano sentenze successive, fra le quali la n. 74/2016: dichiarazione d’illegittimità del divieto di prevalenza sulla recidiva, di un’attenuante speciale che premia collaborazioni utili, con riduzioni di pena molto spinte.

4.6 L'esecuzione della pena detentiva può essere ragionevolmente progettata come percorso flessibile⁴⁷ nel tempo, guidato dai principi dell'ordinamento, *in primis* il *tendere* alla rieducazione. Il principio di legalità esige che le possibili varianti del percorso siano determinate dalla legge⁴⁸.

Anche con riguardo agli istituti dell'ordinamento penitenziario, riconosce rilevanza *in bonam partem* alla freccia del tempo – a mutamenti avvenuti nel tempo – è un'indicazione desumibile dai principi costituzionali.

Lo scorrere del tempo viene in rilievo per un giudizio sulla personalità non bloccato al momento della sentenza di condanna. La Corte costituzionale (sentenza n. 149/2018) ha affermato il «principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena». «La personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile, ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». In questa prospettiva la pena detentiva deve essere costruita quale percorso idoneo per un possibile cambiamento.

Il problema della durata temporale si pone in modo particolare nell'esecuzione della pena a vita⁴⁹. Sul piano costituzionale è difendibile per delitti di massima gravità⁵⁰, a condizione che sia prevista la possibilità di ritorno in libertà. Le indicazioni in questo senso, date dalla Corte costituzionale sul c.d. ergastolo ostativo⁵¹, sono state recepite nel mondo politico con molte resistenze e in modo restrittivo.

5. Tempo della riparazione

5.1 Nel tempo tra il fatto contestato e il giudizio possono avvenire fatti – in particolare condotte dell'imputato – rilevanti per il giudizio, fino a spezzare la normale sequenza dal reato alla pena⁵². Nel codice penale italiano alcuni istituti di portata generale sono raggruppati sotto l'etichetta di cause estintive del reato (titolo VI del libro I). Ipotesi di non punibilità sopravvenuta a segui-

⁴⁷ F. Palazzo, R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena?*, Torino, Giappichelli, 2007; L. Eusebi, *Gestire il fatto di reato. Prospettive in certe di affrancamento della pena 'ritorsione'*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, Giuffrè, 2018.

⁴⁸ Corte cost. n. 32/2020.

⁴⁹ Anche a ritenere legittima e ragionevole la comminatoria dell'ergastolo per delitti di gravità estrema, è ragionevole l'impegno (quanto meno) per una drastica restrizione dell'ambito di applicazione. Cfr. S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Roma, Futura, 2021.

⁵⁰ Nel secolo iniziato con gli attentati epocali dell'11 settembre 2001 e segnato da stragi di varia matrice, da fondamentalismi violenti, da mafie antiche e moderne, la pena a vita può essere sentita adeguata come pena edittale o limite massimo di una cornice edittale, per delitti della massima gravità (stragi o uccisioni premeditate commesse nell'ambito di attività di organizzazioni criminali).

⁵¹ Sentenza n. 253/2019 e ord. n. 97/2021.

⁵² A. Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, Giuffrè, 1998.

to di condotte riparatorie si ritrovano anche in disposizioni speciali (art.308, 309, 376, 641 c.p.).

Cause di non punibilità «abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali, non necessariamente con disposizione espressa, purché l'esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco» (Corte cost., n. 148/1983).

Alcuni istituti fanno leva sull'interesse dell'imputato a evitare lo stigma della condanna (o semplicemente il rischio di una possibile condanna). In materia contravvenzionale, l'oblazione: pagamento di una somma di denaro, non a titolo di pena ma determinata in rapporto alla pena prevista. All'oblazione semplice si sono aggiunti istituti più significativi di più recente introduzione, volti a incentivare condotte di riparazione di conseguenze dannose o pericolose del reato: oblazione speciale ex art. 162-bis, adempimento di prescrizioni dell'autorità in materia di lavoro e di ambiente. A obiettivi di riparazione dell'offesa si prestano anche il meccanismo della procedibilità a querela con possibile remissione della querela, la sospensione condizionale della pena, la sospensione del processo con messa alla prova, l'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter).

Il problema della riparazione dell'offesa *non* riguarda il versante dei precetti, il primo e più importante messaggio che il diritto *criminale* ha il compito di trasmettere. È una prospettiva che può sorgere dopo la condotta inosservante, e assumere un significato anche molto importante per la costruzione di modelli di risposta al reato.

La rilevanza di condotte successive alla commissione del fatto illecito (in particolare, ma non solo, condotte riparatorie) non emerge nella norma generale e astratta, ma è per così dire insita nella tecnologia penalistica. I concetti di meritevolezza e bisogno di pena, da tempo entrati in uso, si prestano bene a inquadrare le due prospettive, quella del rapporto fra commesso reato e sanzione astrattamente ragionevole a livello legislativo, e quella del bisogno (eventuale) di pena al momento del giudizio.

La rilevanza assegnata al risarcimento (di regola, come attenuante) rispecchia la moralità dei diritti soggettivi; è coerente con l'etica della moderna *Gesellschaft* (la società formalmente regolata, concettualmente contrapposta alla *Gemeinschaft*, la comunità fatta di legami personali).

L'attivarsi del reo per la riparazione dell'offesa, con il risarcimento del danno o con altre modalità, comporta un'assunzione di responsabilità, coerente con il senso ordinatore del diritto criminale/penale; può essere un segnale importante di ciò che definiamo rieducazione. Ciò può assumere un rilievo molto ampio in sede di commisurazione della pena, e in casi particolarmente significativi un rilievo più marcato, fino alla non punibilità

5.2 Prospettive più ambiziose stanno sotto il segno della *Restorative Justice* (RJ) e della mediazione quale sua forma processuale⁵³. È una strada valorizzata dalla riforma Cartabia (l. 27 settembre 2021, n. 134, d. lg. 10 ottobre 2022, n. 150); è vista da molti come un possibile e auspicabile «nuovo orientamento della risposta punitiva dello Stato, rilevante sia per la teoria (paradigma razionalizzante; rivoluzione epistemologica) sia per la politica penale»⁵⁴.

Comunque la si valuti, l'idea di una giustizia riparativa è di grande interesse per una riflessione su tempo e diritto. È una prospettiva che guarda al futuro, non centrata sulla severità punitiva, volta a riparare passate lacerazioni.

Comunque la si valuti, la prospettiva di una riparazione interpersonale (riconciliazione, dice il lessico che più sottolinea la valenza morale che vi è attribuita) non può essere un paradigma generale delle risposte al reato. Problemi di riconciliazione sorgono in alcuni casi, non in via generale. Là dove sorgono, additano una strada che può essere intrapresa solo con la libera accettazione di entrambe le parti. La disciplina introdotta dalla riforma Cartabia tiene fermo questo presupposto, che è condizione necessaria della moralità del rapporto fra persone.

La persona offesa non può essere giuridicamente obbligata a comportamenti moralmente significativi nei confronti del reo. E le sorti del reo non possono essere fatte dipendere dal fatto casuale che altre persone siano o non siano disposte a entrare in contatto con lui⁵⁵.

È un problema di fatto, proponibile caso per caso, a quali condizioni le persone offese possano avere interesse a una riparazione interpersonale⁵⁶. L'assenza di discipline giuridiche non ha impedito esperienze d'incontro⁵⁷, segnate da successi e insuccessi.

Sul piano della riflessione etico-politica può essere posto l'interrogativo se, e a quali condizioni, promuovere l'obiettivo di una riparazione interpersonale abbia un senso coerente con i principi e con l'ethos di una società aperta a concezioni morali diverse e di pari dignità. Si tratta di un problema che ha a che fare con il confine fra la potestà del Leviatano e la libertà delle persone.

Per il diritto del Leviatano, l'idea della riparazione ha una valenza assai più generale di una *restorative justice* legata al rapporto autore/vittima. Com-

⁵³ Un quadro di posizioni nella dottrina italiana: G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, il Mulino, 2015.

⁵⁴ M. Donini, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027 ss.

⁵⁵ Hassemer, *Perché punire* cit., p. 232.

⁵⁶ Un bilancio appassionato e problematico su esperienza pregresse è stato presentato da un operatore e studioso fra i più impegnati nel campo della RJ.: M. Bouchard, *Cura e giustizia dell'offesa ingiusta: riflessioni sulla riparazione*, «Questione giustizia», 25 luglio 2022.

⁵⁷ Cfr. G. Bertagna, A. Ceretti, C. Mazzucato (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, il Saggiatore, 2015.

prende anche la dimensione elementare e prosaica del risarcimento, che l'esperienza mostra di particolare rilevanza, e ben radicata negli ordinamenti moderni.

6. *Tempo dell'oblio*

Fra gli istituti della non punibilità sopravvenuta vi sono alcuni il cui ambito di applicazione è collegato a una soglia temporale⁵⁸: *provvedimenti di clemenza* (amnistia e indulto) e prescrizione per decorso del tempo. Istituti *dell'oblio*⁵⁹, che può essere funzionale (e necessario) «per la sopravvivenza delle comunità politiche, allo stesso modo in cui lo è per la sopravvivenza degli individui»⁶⁰.

6.1 Nella storia della giustizia penale italiana, un provvedimento di amnistia di portata molto ampia (c.d. amnistia Togliatti, nel 1946) venne motivato come «atto di forza e di fiducia nei destini del paese», nella prospettiva della ricomposizione politica: oblio giuridico, non del giudizio storico e morale. Nei decenni successivi, provvedimenti di amnistia e indulto sono stati emanati con stretta (irregolare) periodicità, per alleggerire una macchina repressiva sovraccarica, e anche per ridurre ciclicamente la popolazione carceraria.

La riforma costituzionale del 1992⁶¹ ha di fatto reso politicamente impraticabile l'emanazione di leggi di amnistia e/o indulto; l'indulto del 2006 è un'eccezione ormai lontana⁶².

Fin dall'antichità l'amnistia/ pacificazione è stata una strada per l'uscita da situazioni conflittuali⁶³. La giustizia di transizione, la ricostruzione di un nuovo ordine, deve spesso fare i conti (chiudere i conti) con un passato segnato da violenze. Esempio recente, il Sud Africa del dopo apartheid⁶⁴. La grande storia segue strade diverse dalla giustizia penale, e ne mostra i limiti.

⁵⁸ Nei primi decenni della Repubblica vi sono state concessioni di amnistia e di indulto nel 1953, nel 1959, nel 1963, nel 1966, nel 1970, nel 1978, nel 1981, nel 1986, nel 1990.

⁵⁹ Amnistia significa dimenticanza.

⁶⁰ M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, «Rivista AIC», 4, 2022, p. 87.

⁶¹ L'art. 79, come modificato, richiede che la legge di amnistia e/o indulto sia *deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni votazione e nella votazione finale*.

⁶² Su problemi e prospettive di una possibile rivalutazione, previa riforma dell'art. 79 Cost., cfr. S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Costituzione e clemenza*, Roma, Futura, 2018.

⁶³ P.P. Portinaro, *I conti con il passato*, Milano, Feltrinelli, 2001; J. Elster, *Chiudere i conti*, Bologna, il Mulino, 2008.

⁶⁴ D. Tutu, *Non c'è futuro senza perdono*, Milano, Feltrinelli, 2001.

6.2 Nella sovraccaricata giustizia penale italiana ha assunto una crescente incidenza (ancor più dopo l'uscita di scena degli istituti della clemenza) il problema della prescrizione per decorso del tempo: un istituto inserito fra le cause di estinzione del reato⁶⁵, rientrante nel campo d'applicazione dei principi costituzionali relativi al diritto penale sostanziale, come la Corte costituzionale ha sempre riconosciuto (da ultimo nella sentenza n. 278/2020).

Pertinenti al problema prescrizione sono gli artt. 3 e 27 Cost., i principi sulle funzioni della pena e il principio d'eguaglianza. La determinazione dei tempi di prescrizione «appartiene alla discrezionalità del legislatore censurabile solo in caso di manifesta irragionevolezza o sproporzione rispetto alla gravità del reato».

La dottrina penalistica ha ravvisato nel problema prescrizione una specie di cartina di tornasole per le teorie della pena⁶⁶, una prospettiva particolarmente proficua per riflessioni sulle politiche del diritto penale. Ha senso domandarsi se e come lo scorrere del tempo incida sul delicato equilibrio fra le buone ragioni e il *malum* materiale della pena, soprattutto là dove l'esecuzione della pena spezza situazioni esistenziali che non hanno più alcun rapporto con il reato commesso tanto tempo prima.

Qualsiasi precisa determinazione dei tempi di prescrizione è discutibile: traccia fra il condannare e il dichiarare estinto il reato una linea di confine che potrebbe essere non irragionevolmente tracciata in un punto diverso. È ragionevole differenziare in ragione della gravità del reato; è ragionevole statuire l'imprescrittibilità di delitti di massima gravità (nell'ordinamento italiano vigente, i delitti da ergastolo).

Nel recente periodo una vivace discussione è stata stimolata dal blocco della prescrizione, per qualsiasi reato, dalla data della sentenza di primo grado o dal decreto di *condanna* (legge n. 3 del 2019). Bloccare la prescrizione di qualsiasi reato è una mossa coerente con l'idea di certezza della pena come canone costituzionale, enunciata dal ministro cui il linguaggio politico ha intestato il blocco⁶⁷. È una retorica che capovolge il significato garantista del principio di legalità. Il principio di legalità dice *nulla poena sine crimine*; non dice *nullum crimen sine poena*. Legalità della pena significa predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato, aperta alla possibilità di risposte anche diverse dall'applicazione della pena in concreto.

Un nuovo scenario è stato costruito dalla c.d. riforma Cartabia (legge n. 134 del 2021 e d.lg. n. 150 del 2022). Delicati problemi sono legati dallo

⁶⁵ Non necessariamente significa impunità di colpevoli. Di fatto, le declaratorie di prescrizione sono spesso pronunciate, ai sensi dell'art. 129 c.p.p., in assenza di un accertamento di responsabilità.

⁶⁶ F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 22.

⁶⁷ Cfr. sintesi della relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2019.

sdoppiamento della disciplina sotto le etichette di prescrizione e improcedibilità. Ulteriori riforme sono preannunciate e auspicabili.

7. *Giustizia penale e tempi della vita*

7.1 Sul significato del tempo per le risposte al reato, resta più che mai attuale l'esigenza di una riflessione a tutto campo. Il fluire irreparabile del tempo mette i sotto tensione i sistemi di giustizia penale. Vi è qui una forte differenza dalla giustizia civile, nella quale, se l'avente diritto si attiva in tempo, i tempi sono neutrali rispetto al fondamento di giustizia delle decisioni.

Una distanza temporale non piccola dal commesso reato solleva un problema di giustizia e ragionevolezza della punizione nel caso concreto, ancorché astrattamente corrispondente alla gravità del reato commesso tanto tempo prima. È un problema tanto più serio là dove la condanna comporti l'ingresso in carcere o una rottura di continuità nell'esercizio di una professione.

Se la distanza temporale può arrivare a giustificare l'estinzione del reato – di tutte le sue conseguenze sanzionatorie – ha senso ipotizzare che un tempo trascorso dal commesso reato, lungo ma non tanto da rendere insensato lo stigma della affermazione di responsabilità, possa essere lungo abbastanza per incidere sul bisogno – sul senso umano e sociale – di una pena da espia-re. Ben potrebbe giustificare rimodulazioni meno spinte: riduzioni di pena, o del regime della sua esecuzione, o trasformazione in un tipo meno severo. È ragionevole porre il problema se, pur non essendo maturato il tempo di un completo oblio, sia accettabile un ingresso in carcere, la rottura traumatica della continuità delle condizioni di vita del condannato; o la rottura esistenziale legata a una pena interdittiva.

Si pensi all'ipotesi (tutt'altro che irrealistica) di eventi avvenuti a notevole distanza temporale dalle condotte, tale che il tempo di prescrizione collegato all'evento non sia scaduto, ma sarebbe scaduto con riferimento alle condotte. La lontananza temporale fra condotte di tempi lontani, contestate come colpose (spesso omissive), ed eventi gravi e gravissimi, è lo scenario ricorrente di indagini e processi per eventi di disastro con molte morti. Molti casi assumono rilevanza mediatica sotto il segno della giustizia per le vittime. Spesso sono segnati da un grande scarto fra gravità enorme degli eventi e la problematicità dei giudizi su personali colpe.

I problemi legati alla distanza temporale emergono in modo particolarmente vistoso nei processi relativi ad eventi di morte o malattia, che l'accusa ipotizza collegati a passate esposizioni ad amianto. L'accertamento di responsabilità, anche tardivo, ha senso per i portatori dell'interesse offeso dall'eventuale reato (poniamo, le vedove che attendono la sentenza), sia per il suo valore simbolico, sia come premessa della condanna al risarcimento. Ma

sono le condotte, non l'evento, il momento in cui il soggetto agente ha agito in modo contrario alla legge penale. Per amministratori o dirigenti di un tempo lontano, in cui l'amianto era largamente usato, anche qualora si arrivasse a una ben fondata affermazione di responsabilità (per delitto colposo) sarebbe francamente difficile riconoscere un significato attuale di giusta retribuzione o una valenza di prevenzione generale a condanne a pene detentive (anche solo sulla carta, con pena sospesa), a decenni di distanza da condotte (attive od omissive) che in ipotesi d'accusa sarebbero state colpose e concausali.

Una ragionevole conciliazione di contrapposte ragioni potrebbe essere ricercata nel distinguere fra l'affermazione di responsabilità e le conseguenze sanzionatorie: introdurre la possibilità di rimodulare (mitigare) le risposte sanzionatorie in ragione del tempo trascorso tra la condotta illecita e il giudizio. Potrebbe essere presa in considerazione, a livello legislativo, anche la possibilità di affermare la responsabilità senza statuizione di pena.

7.2 Non è propizio all'apertura di problemi relativi al tempo l'attuale momento punitivo caratterizzato pressoché in tutto il mondo da tendenziale maggiore severità, e da «un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza»⁶⁸. La situazione italiana si iscrive in questo contesto; rispecchia problemi e tendenze che vanno ben oltre le contingenze politiche di casa nostra.

Di fronte a delitti gravi, sentimenti e risentimenti e attese di giustizia perdurano nel tempo. Nell'attuale situazione spirituale (non solo in Italia) hanno un forte *appeal* richieste di giustizia per le vittime⁶⁹; richieste di severità. Movimenti tipo *me-too* danno sostegno a rivelazioni di asserite violenze o molestie sessuali, risalenti a un passato anche molto lontano: esprimono richieste di riconoscimento, e di reazioni anche molto invasive. Il moralismo ben intenzionato del *politically correct* rifiuta di dare rilevanza al tempo trascorso dai fatti che pretende di stigmatizzare.

I problemi che il correre del tempo pone alla giustizia penale sono stati evidenziati nel 2021 dall'arresto in Francia, dopo lunga latitanza, di dieci condannati in Italia (quasi tutti per omicidio) a lunghe pene detentive per delitti di terrorismo commessi nei c.d. anni di piombo (anni '70, primi anni '80 del XX secolo)⁷⁰. Anche con riguardo alla responsabilità per delitti gravissimi, la risposta punitiva a distanza di decenni può essere ragionevolmente ripensata,

⁶⁸ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018.

⁶⁹ D. Giglioli, *Critica della vittima*, Roma, Nottetempo, 2014.

⁷⁰ Una mia riflessione in D. Pulitanò, *Problema castigo e principio responsabilità*, «Quaderno di storia del penale e della giustizia», 3, 2021, *Il castigo*, pp. 217-229.

alla luce di ragioni che non si esauriscono nella valutazione di gravità del delitto commesso.

Certo, i problemi di responsabilità personale – di etica della responsabilità – vanno presi sul serio. La pena detentiva può avere senso come risposta a delitti dolosi di spiccata offensività, e può mantenere (a certe condizioni) un significato di giustizia anche a distanza di tempo. Ma la distanza temporale tra il reato e il giudizio solleva problemi di giustizia che le teorie della pena non mettono a fuoco. Problemi che hanno a che fare con scenari esistenziali, sia degli autori di reato, sia delle vittime e della società nel suo complesso.

È ragionevole cercare di evitare, per quanto possibile, l'esecuzione di pene che comportino una rottura tardiva della continuità esistenziale. Questa esigenza tocca le pene detentive, quelle previste per i piani alti del diritto criminale/penale. E tocca anche le pene interdittive

La minaccia di pene detentive, nell'ordinamento italiano, copre un campo teoricamente molto (troppo) ampio. La via di una riduzione delle applicazioni è stata imboccata con gli istituti dell'ordinamento penitenziari, ed è stata proseguita dalla riforma Cartabia. Potrebbe essere proseguita con una drastica revisione delle pene edittali, coerente con l'idea della pena detentiva come *extrema ratio*, e con l'attribuzione di una maggiore rilevanza al fattore tempo (sia alla distanza temporale dal fatto, sia al percorso dell'esecuzione in carcere e fuori).

La sensibilità al fattore tempo è molto minore per la pena pecuniaria. Al di fuori dei piani più alti del sistema dei delitti, la pena pecuniaria potrebbe sostituire per intero le molte (troppe) attuali previsioni di pena detentiva, per delitti (di pericolo) di mera condotta.

Più in radice, sarebbe ragionevole porre il problema di una drastica restrizione del campo affidato alla macchina giudiziaria penale, con i suoi costi e i suoi significati simbolici. La solennità della giustizia penale – manifestazione del potere del Leviatano – ha senso solo per questioni molto serie, e che tali restano anche a non piccola distanza di tempo.

7.3 Chiudo queste riflessioni su tempo e diritto, richiamando un messaggio che l'intellettuale simbolo della cultura tedesca ha messo in bocca a Mefistofele nel dialogo con un giovane in cerca di orientamento su cosa studiare. Fai bene a non scegliere la facoltà giuridica, dice il diavolo travestito da Faust: le leggi si succedono come un'eterna malattia nella quale la ragione diviene insensatezza, il bene tormento⁷¹; del diritto che nasce con noi non si fa mai parola.

⁷¹ W. Goethe, *Faust*.

La riflessione su diritto e giustizia, dall'antichità all'età moderna, ha cercato agganci al di fuori del diritto posto, prodotto di una storia valutata criticamente. Dentro l'orizzonte del giuspositivismo – del principio di legalità – non possiamo non fare i conti con la storia, con piena libertà di giudizio sugli ordinamenti in cui ci troviamo e che studiamo, che abbiamo ereditato da una storia ricca di luci ed ombre, anche di malattie mortali.

In questi anni venti del XXI secolo ci confrontiamo con sfide epocali, autoritarismi e fondamentalismi violenti, la pandemia e la guerra. Ci confrontiamo anche con derive autoritarie alimentate da sentimenti di giustizia, mescolati a risentimenti di varia natura. Recependo dal diavolo goethiano la saggezza illuministica, ma non il nichilismo mascherato da giusnaturalismo, abbiamo la responsabilità di impegnarci nel nostro tempo storico, nell'orizzonte delle (imperfette) democrazie liberali realmente esistenti, entro il quale abbiamo la fortuna di vivere.