

Roberto Bartoli

Decorso del tempo e ragioni del punire

1. *Paradigmi della penalità*

Il rapporto che intercorre tra il decorso del tempo e le ragioni del punire muta a seconda della finalità ultima che persegue un determinato paradigma della penalità.

Ancorché con qualche rischio di semplificazione, ma – si spera – a tutto vantaggio di un'estrema sintesi, a me pare che si possano distinguere due grandi paradigmi della penalità, all'interno dei quali è poi possibile individuare ulteriori articolazioni. Da un lato, v'è il paradigma che dà una risposta alla conflittualità che potremmo definire sociale, della convivenza – per così dire – quotidiana, ristretta nella sostanza a una dimensione inter-relazionale e quindi relativa a un'aggressione di un individuo ai danni di un altro o comunque all'offesa di beni giuridici tutelati all'interno di una determinata comunità sufficientemente stabilizzata. Dall'altro lato, v'è un paradigma della penalità che invece dà una risposta a una conflittualità che potremmo definire politica, caratterizzata dalla tensione tra gruppi sociali contrapposti: non solo e non tanto – potremmo dire – terrorismo, vale a dire una conflittualità tra un singolo o un gruppo nei confronti di una comunità che risulta comunque sufficientemente stabilizzata (ipotesi che rientra nel primo paradigma), quanto piuttosto, e soprattutto, conflitti civili, vale a dire conflitti tra “fazioni” per la conquista della sovranità di un territorio al quale appartengono entrambi i raggruppamenti.

All'interno di ciascuno di questi paradigmi se ne possono distinguere altri. Nella conflittualità sociale, per un verso, v'è il paradigma vendicativo, basato sull'impiego della violenza nei confronti dell'autore del conflitto, paradigma che, a sua volta, può essere declinato in termini privato-sociali oppure in termini pubblico-istituzionali, a seconda che la violenza o, meglio, il potere di disporre della violenza, siano collocati in mano – per così dire – privata oppure pubblica. Per altro verso, sempre all'interno del paradigma della con-

flittualità sociale, v'è il paradigma riconciliativo/riparativo, che invece prescinde dall'impiego della violenza e tende – per così dire – alla composizione/riconciliazione tra autore e vittima.

Anche all'interno della conflittualità politica si possono distinguere paradigmi ulteriori a seconda che tale conflittualità sia affrontata o meno in un contesto che si può definire “sostanzialmente costituzionale”, da intendersi non solo e non tanto in termini di fonti sovraordinate e giustiziabilità delle scelte politiche, ma piuttosto, prima ancora, come presenza di una dimensione valoriale comune e condivisa. Ed infatti, là dove il conflitto politico si concretizza in un contesto privo di questa dimensione costituzionale, in assenza cioè di un patto fondativo e unificante in merito ad alcune opzioni valoriali di fondo, e quindi in presenza di una logica amico-nemico che attiene non soltanto ai mezzi, ma prima ancora ai fini e ai valori, la giustizia politica tende ad assumere la forma dell'amnistia ovvero dell'oblio. Se invece il conflitto si esplica in contesti che si possono definire costituzionali, la tendenza è a una giurisdizionalizzazione, per cui i fatti realizzati si tendono a punire mediante l'esercizio della giurisdizione: l'esistenza di valori fondanti condivisi legittima l'esistenza di un potere terzo che, ispirandosi a tali valori, consente di perseguire i fatti realizzati in violazione delle regole condivise. Infine, in presenza di fasi di transizione politico-costituzionale, dove si opera nel senso della creazione di una Costituzione, la tendenza è invece alla riconciliazione finalizzata per l'appunto a creare presupposti condivisi per una convivenza pacifica.

Ebbene, tutto ciò premesso, e ribadito che il rapporto che intercorre tra decorso del tempo e le ragioni del punire muta al mutare di questi paradigmi, nelle poche pagine che seguiranno compirò alcune riflessioni sul rapporto del tempo con le ragioni del punire proprie del paradigma che ho definito sociale, soffermandomi sia sul rapporto tra tempo e vendetta, nelle due articolazioni privata e pubblica, sia sul rapporto tra tempo e giustizia riparativa¹.

2. *Tempo e vendetta*

La finalità vendicativa si può considerare la finalità del tempo presente, se non addirittura la finalità del perenne immantinate, vale a dire del sempre presente, del presente che si fa sempre presente, insomma dell'adesso, dell'istante che si protrae nel tempo.

¹ Per considerazioni sul rapporto tra tempo e ragioni del punire rispetto al paradigma dei conflitti politici, mi permetto di rinviare a R. Bartoli, *La “giustizia di transizione”: amnistia, giurisdizione, riconciliazione*, in F. Palazzo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 57 ss.

Ed infatti, l'assolutismo che contraddistingue la logica vendicatoria basata sulla violenza e, più precisamente, sulla necessaria corrispondenza del male con il male, della violenza con la violenza, si riflette sulla dimensione temporale rendendola altrettanto assoluta nel suo doversi concretizzare in qualsiasi istante, purché si concretizzi.

La vendetta muove da un fatto che si colloca nel passato e questo passato non solo viene riportato in vita nel presente, ma si opera affinché resti sempre presente, resti sempre in vita. La vendetta presentifica il passato, lo rivivifica e attraverso tale percorso di prentificazione e rivivificazione risveglia le ragioni del punire. Da qui l'attrazione nel presente del passato destinato a proiettarsi nel futuro fino a che la vendetta non si realizza.

Interessante osservare come tutto resti connesso a questo passato presentificato. Anzitutto, l'autore, che viene inchiodato alla sua responsabilità e quindi al fatto di cui porta la macchia. Ma anche la stessa vittima risulta indelebilmente marchiata dalla vicenda passata, non potendosene liberare fino a che non si compie la vendetta. Compiuta la vendetta, l'intera vicenda si estingue, si dissolve, può essere dimenticata.

Da qui la permanenza immutabile delle ragioni del punire; da qui la memoria sempre vigile e accesa sull'avvenimento e conseguentemente l'impossibilità – potremmo dire – il divieto di dimenticare, perché l'oblio del torto senza vendetta altro non è che ingiustizia. Potremmo parlare quindi di una sorta di giustizia medusa, che una volta che ci si è voltati per guardare il passato ci pietrifica nel reclamo della violenza, pietrificazione destinata a dissolversi soltanto se giustizia sarà fatta mediante violenza.

Dalla circostanza che la vendetta si fonda sulla memoria “vigile” del passato, consegue che le esigenze di vendetta si attivano quale che sia il tempo trascorso tra la realizzazione del fatto e la sua scoperta. Se la scoperta è immediata, immediata sarà la vendetta, ma se la scoperta è differita, nel momento in cui si viene a conoscere il fatto, la vendetta torna a muoversi in una logica di immediatezza. Se il decorrere del tempo potrebbe determinare un affievolimento della memoria e quindi delle ragioni del punire, tuttavia appartiene alla logica della vendetta, basata sull'inderogabile esercizio della violenza, che questo affievolimento sia contrastato con la forza della memoria, del richiamo alla memoria di quanto accaduto. Davanti all'affievolimento, si deve rivivere il fatto e le ragioni della vendetta torneranno a scaturire.

Vero tutto questo per la logica della vendetta – per così dire – in generale, è anche vero che il rapporto del tempo con la vendetta risulta diverso a seconda del contesto privato oppure pubblico in cui è praticata e ciò, come vedremo, in ragione del “titolare” del potere punitivo e quindi per la differente finalità perseguita.

2.1 *Tempo e vendetta privata*

La vendetta privata non si comprende appieno se non la si connette con la possibilità di una pacificazione. Si tratta di un fenomeno che può apparire strano ai nostri occhi postmoderni e statalistici, ma studi hanno ormai dimostrato come, in contesti privi di uno Stato forte, la vendetta tra privati fosse l'altra faccia della pacificazione e viceversa: la vendetta chiudeva il sistema, ma non era il vero scopo, identificabile invece con quello della pacificazione².

Certo, non si può negare il rischio di una *escalation* e quindi di un protrarsi nel futuro della logica vendicativa con esiti distruttivi e annichilenti, ma questo rischio atteneva più a società primordiali, come anche ai conflitti politici. Nelle dinamiche sociali, la vendetta privata era l'*ultima ratio*.

Ecco che essa, se muove insonne, tuttavia poi si stempera, venendo inserita nel divenire del contesto storico-relazionale. Nel momento in cui si allenta l'automatismo della sua immediatezza, nel momento in cui si prende tempo, nello spazio di sospensione si inseriscono le ragioni per un confronto.

Per comprendere questo fenomeno, non si possono che richiamare le due tragedie delle Eumenidi di Eschilo e di Amleto di Shakespeare, le quali attengono alla vendetta, alle sue dinamiche, e, volendo, anche alla sua intrinseca crisi. Nelle Eumenidi, da un lato, Clitennestra, nella veste di spettro, sveglia le Erinni che si sono assopite nel tempio dove si è rifugiato il figlio Oreste³. Dall'altro lato, una volta risvegliate, le Erinni sono costrette a un dialogo con Apollo e Atena e in questo dialogo si aprirà il percorso che allenterà la morsa dell'immanente e consentirà l'ingresso di una procedura ragionante che porterà al mancato esercizio della violenza.

Nell'Amleto, tutto il problema, il vero "dilemma di Amleto", nasce nel momento in cui, in forma di spettro (ancora una volta uno spettro ...) il re, padre, rivela al figlio, principe Amleto, che è stato ucciso dallo zio usurpatore, e, dopo aver ripercorso tutte le ragioni per la vendetta, pronuncia quel "vendicami", che poeticamente si colloca tra un imperativo e un'esortazione. Imperativo che verrà ribadito ogni volta che il principe "pigramente" esita, temporeggia, si costruisce alibi, ricerca prove, insomma prende tempo per non vendicarsi, per non attuare il proposito di vendetta che in definitiva "moder-

² M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker & Humblot, 2001, pp. 345 ss.; ampiamente I. Terradas Saborit, *Justicia vindicatoria*, Madrid, CSIC, 2008; N.D. Fustel De Coulanges, *La composizione*, in P. Di Lucia, L. Mancini (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, Edizioni Ets, 2015, pp. 57 ss.; I. Terradas Saborit, *La vendetta nell'ordinamento vendicativo*, ivi, pp. 125 ss.

³ Afferma Clitennestra: «Ecco, sono io Clitennestra che dal vostro sonno vi chiamo» [vv. 115-116]; «troppo tu cedi al sonno, e non senti pietà del mio soffrire» [v. 121]; «tu gemi, tu dormi: non ti alzerai al più presto? Quale altro compito ti è destinato se non fare del male» [vv. 127-128]; «non ti vinca la stanchezza! Non scordarti, illanguidita dal sonno, l'offesa subita» [vv. 133-134].

namente” non gli appartiene. E ad una lettura attenta della tragedia, emerge anche come nel confronto/scontro con Laerte, Amleto apra alla possibilità di una riconciliazione che tuttavia non troverà attuazione.

2.2 *Tempo e vendetta pubblica*

Molto più complessa la relazione tra tempo e vendetta pubblica. Anzitutto, si deve considerare che la vendetta pubblica di per sé non si orienta alla pacificazione, anche perché interviene una logica per l'appunto pubblica e collettivistica che nel potenziare la prospettiva generalpreventiva si salda anche con il principio di eguaglianza che finisce per astrattizzare, irrigidire e quindi assolutizzare il sistema.

Non avrebbe senso compiere una sorta di competizione tra quale sistema fosse più violento, se quello basato sulla vendetta privata oppure quello basato sulla vendetta pubblica. Certo è che la vendetta pubblica finisce per conoscere, nel complesso, un'assolutizzazione ancora più consistente e stringente di quella che caratterizza la vendetta privata. Proprio in virtù della concentrazione del potere punitivo nelle mani del pubblico potere e quindi del legame strutturale che si viene a creare tra politica e possibilità di disporre della violenza, non solo scompare la pacificazione come altra faccia della vendetta, ma la tendenza finisce per essere addirittura nel senso dell'incremento del rischio di un uso strumentale del potere punitivo e quindi del rischio di eccesso, di abuso, di prevaricazione. La vendetta pubblica tende a una formidabile strumentalizzazione del potere punitivo e quindi del reo o del potenziale tale, fino ad arrivare a una logica che non è più propriamente vendicativa, ma addirittura del capro-espiatorio, della punizione dell'innocente.

D'altra parte, proprio nel momento in cui si dissolvono le pratiche pacificatorie che venivano viste soprattutto come privilegi, ed emergono i rischi di strumentalizzazione “tirannica”, si vengono ad elaborare e sviluppare anche le istanze garantiste orientate a contenere il potere punitivo che si sta per l'appunto sempre più concentrando pericolosamente nelle mani pubbliche. Ecco allora che la vendetta pubblica non conosce pacificazione, ma rischi di strumentalizzazione e, in risposta a questi rischi, conosce limiti, che diverranno effettivi soprattutto con il secondo costituzionalismo configurato dopo il secondo conflitto mondiale.

Ebbene, per quanto riguarda il rapporto tra tempo e vendetta pubblica, se da un lato alle istanze vendicative destinate a risvegliare le ragioni del punire si aggiunge la tendenza dello Stato a impossessarsi e a disporre dello stesso tempo che caratterizza le dinamiche del punire, dall'altro lato, per contenere i rischi di strumentalizzazione, si vengono ad elaborare limiti e freni temporali alle istanze punitive vendicative. Insomma, se la vendetta pubblica nella sua

forza strumentalizzante del reo, tende non solo a collocare nel presente le ragioni del punire, ma addirittura a dirigere il punire verso ogni dimensione temporale, nel passato, nel presente e nel futuro, è proprio rispetto a questa tendenza che vengono elaborati e configurati antidoti di garanzia che per l'ap-punto attengono specificamente al tempo.

In questa prospettiva, operano soprattutto i principi di garanzia c.d. esi-stenziali a carattere temporale, e cioè, in particolare, il principio di irretroatti-vità della legge penale sfavorevole e quello di retroattività della legge favore-vole, nonché l'istituto della prescrizione.

2.2.1 *Il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole*

Alla luce delle considerazioni appena svolte circa i rischi di strumentalizz-azione caratterizzanti il potere punitivo nelle mani pubbliche, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole si disvela in tutta la sua forza di argine fondamentale contro gli abusi punitivi⁴. Ed infatti, nel momento in cui prevede un nuovo fatto come reato e quindi compie una valutazione di illiceità, il potere pubblico punitivo può tendere a estendere tale valutazione e quin-di la punizione, anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge.

Ecco che ancor prima di riflettere sulla irretroattività sfavorevole, si deve riflettere sul significato e la portata della retroattività sfavorevole che il prin-cipio di irretroattività intende bandire. Ebbene, la retroattività sfavorevole altro non è che lo scagliarsi del potere punitivo sul capo di un uomo che nella sostanza ha commesso un fatto lecito: è vero che sul piano oggettivo il fat-to commesso nel passato è identico a quello che successivamente è divenuto illecito, ma è anche vero che in precedenza su tale fatto non gravava una va-lutazione di illiceità, quindi sul piano della qualificazione di illiceità si tratta di fatti totalmente diversi. Per affermare l'eguaglianza tra questi fatti occorre allora assumere come criterio proprio la qualificazione di illiceità, vale a dire la prospettiva del potere, mentre invece risultano del tutto diversi se si assume la prospettiva personalistica dell'autore.

Ecco emergere tutto l'assolutismo prevaricatore espresso dalle istanze pu-nitive pubbliche, per cui la previsione della punizione non solo si rivolge e si estende soltanto al presente e al futuro, ma anche al passato, con la conse-guenza che nella sostanza si finisce per punire un innocente visto che quando ha realizzato il fatto, non aveva alcun rapporto con la qualificazione di illiceità del fatto, con l'ordinamento che è sopraggiunto. Ancora più a fondo, ciò che si viola è il patto siglato tra consociati nella loro generalità e ordinamento

⁴ Corte cost., sent. n. 32/2020.

nel suo complesso, relativo ai presupposti minimi di fiducia indispensabili per una convivenza pacifica.

Di più: attraverso la retroattività della norma sfavorevole si possono addirittura selezionare i consociati che sono destinati ad essere colpiti attraverso una legislazione sfavorevole configurata *ad personam*. A maggior ragione poi se la retroattività opera nei confronti di chi si trova già nelle mani dello Stato, come ad esempio coloro che stanno subendo l'esecuzione della pena.

Insomma, attraverso la retroattività sfavorevole si va oltre la stessa logica vendicativa che nella sostanza implica un'idea di punizione proporzionata di un soggetto che è responsabile. Certo in un contesto di clan, vi può essere l'uccisione di colui che, pur non avendo fatto nulla, comunque appartiene al clan, ma alla fine si ragiona in termini di una responsabilità del gruppo, che se è aberrante per la nostra visione di oggi fortemente personalista, è comunque consentanea a un'idea di responsabilità più di quanto non lo sia la punizione retroattiva. Punire retroattivamente vuol dire punire chi alla fine è totalmente estraneo alla vicenda che si punisce perché mancava la qualificazione giuridica. Certo, è stato commesso un fatto, ma non un reato. Insomma, la violazione del principio di retroattività è equiparabile a una responsabilità per fatto altrui proprio perché manca una relazione tra autore e ordinamento.

Ecco che, se, nella logica della vendetta, al momento dell'applicazione della violenza si vuole rendere il passato sempre presente anche per il futuro, nella logica della vendetta pubblica al momento della previsione il presente, che opera per il futuro, viene esteso anche rispetto al passato, realizzandosi una vera e propria prevaricazione. Potremmo dire di più: lo Stato si impadronisce dello stesso concetto di tempo, in una logica assolutistica che si riflette poi su un potere punitivo sempre valido: non solo per il presente e il futuro, ma anche per il passato.

Da qui, l'irretroattività della legge penale sfavorevole, il limite al potere punitivo per eccellenza proprio perché relativo alla dimensione temporale.

Sempre in merito alla irretroattività, merita compiere un accenno al tema della formula di Radbruch, che, come sappiamo, rende comunque punibili fatti che al momento in cui sono stati realizzati non costituivano reato secondo la legge di uno Stato, ma lo erano secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili⁵.

Ebbene, si è sempre posto il problema se attraverso tale formula si fosse in presenza di una sorta di deroga al principio di irretroattività, costruita ad arte per rendere punibili retroattivamente fatti che invece sulla base della irretroattività non lo sarebbero stati. Certo fatti gravissimi, ma anche fatti che

⁵ G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001; G. Puglisi, *La clausola di Norimberga*, Torino, Giappichelli, 2021.

al momento della loro commissione non erano previsti dalla legge dello Stato come reati.

A mio avviso, la formula di Radbruch si comprende bene nella prospettiva del costituzionalismo, per cui Stati che hanno previsto leggi in violazione dei principi del costituzionalismo, non possono beneficiare dell'idea di sovranità che li svincola dai principi costituzionali, perché il costituzionalismo al quale hanno derogato, e che quindi hanno violato, in realtà non ha mai cessato di operare. Ecco allora che punire fatti che secondo il regime autoritario non erano punibili, ma che comunque costituivano violazione di diritti e principi costituzionali comunque in vigore, non è derogare alla irretroattività, ma riconoscere che leggi del singolo Stato risultavano costituzionalmente illegittime, ora come allora, e che pertanto i principi costituzionalmente orientati sono rimasti sempre vigenti rendendo illegittime le leggi che li violavano.

Insomma, la formula di Radbruch si può considerare la formula che sancisce la perenne vigenza del costituzionalismo, dei principi sovraordinati ai legislatori.

Vero tutto questo è anche vero che, a ben vedere, è opportuno che tale formula operi soprattutto per i vertici politici, non anche per coloro che si sono trovati in una posizione di subalternità e quindi nella sostanza in una sorta di conflitto di doveri, tra il rispettare la legge ingiusta, ma in violazione del costituzionalismo e quindi con il rischio di essere puniti in futuro con il crollo del regime antidemocratico, e il rispettare quella giusta, ma in violazione della legge vigente, con il rischio di essere puniti dallo Stato autoritario.

2.2.2 *Il principio di retroattività della legge penale favorevole*

Veniamo quindi al principio di retroattività della legge penale favorevole. Di regola, la *ratio* della retroattività viene individuata nel principio di eguaglianza letto alla luce di una concezione oggettiva del reato, per cui il fatto del passato deve essere valutato come il fatto della nuova legge più favorevole perché il fatto del passato è, sul piano del disvalore oggettivo, analogo a quello commesso dopo la legge più favorevole, con la conseguenza che a tale fatto può essere applicata la nuova legge. Inoltre, dalla circostanza che il fondamento sia l'eguaglianza, deriva che il principio di retroattività risulti derogabile. Così come dalla prospettiva oggettiva il fatto precedente è identico a quello successivo disciplinato da una legge più favorevole, può accadere che vi siano interessi prevalenti che invece rendono i due fatti diversi, per cui il fatto precedente deve essere trattato in modo diverso, vale a dire più sfavorevole, concretizzandosi così una deroga al principio di retroattività.

Ebbene, c'è da chiedersi se questa lettura non sia, in verità, funzionale alle logiche strumentali della punizione pubblica, visto che la stessa retroattività

favorevole può conoscere limiti là dove esistono ragioni forti, vale a dire interessi prevalenti a carattere pubblicistico, con la conseguenza che, in nome di questi interessi prevalenti, permane un'esigenza di punire.

Ed infatti, ancora una volta occorre soffermarsi sul fenomeno della irretroattività della legge favorevole che la retroattività favorevole intende contrastare, per rendersi conto che la legge sfavorevole del passato, oggi non più in vigore per la generalità dei consociati, si finisce per considerare ancora in vigore per quella specifica persona che ha commesso il fatto nel passato. Ecco allora la domanda da porsi: ha senso continuare a punire un soggetto rispetto a fatti realizzati nel passato, quando gli stessi fatti oggi non sono più puniti? Oltre che un problema di eguaglianza, di comparazione tra fatti commessi da autori diversi, si pone il problema – per così dire – personalistico di una punizione che, con specifico riferimento a chi è già punito, si protrae, facendosi meramente vessatoria e prevaricatrice, proprio perché se quel fatto fosse commesso oggi non sarebbe più punibile. Insomma, l'irretroattività favorevole ancora una volta si muove in una logica che va oltre quella vendicativa, per estrinsecarsi in una strumentalizzazione della persona.

Ecco che, stando a questa lettura personalistica, la portata garantista della retroattività favorevole finisce per essere altrettanto assoluta al pari di quella della irretroattività sfavorevole, manifestandosi – per così dire – in forma rovesciata.

Ricondurre la retroattività favorevole a una *ratio* personalistica, non significa non porre limiti alla sua operatività in caso di emergenza. Da un lato, la plausibilità della deroga deriva dalla circostanza che, là dove alla legge eccezionale punitiva segue quella normale favorevole, la stessa efficacia preventiva al momento della fase eccezionale sarebbe fortemente compromessa dalla prospettiva di poter godere, dopo l'emergenza, del ritorno della legge più favorevole. Dall'altro lato, là dove alla legge normale punitiva segue quella eccezionale favorevole, non avrebbe senso fare retroagire la legge favorevole prevista per disciplinare una situazione eccezionale a fatti commessi in un contesto di normalità. Detto diversamente, sono le deroghe alla retroattività favorevole che si giustificano alla luce del principio di eguaglianza basato sul criterio oggettivo della situazione normale o eccezionale da disciplinare.

Inoltre, all'interno delle norme penali risulta possibile distinguere tra quelle che incidono sul reato e sulla pena, per le quali opera la retroattività favorevole in termini assoluti, e quelle che invece incidono su aspetti differenti (si pensi alla disciplina del tempo a prescrivere), che invece possono conoscere deroghe.

2.2.3 *La prescrizione*

La prescrizione nasce per disattivare la perennità punitiva, non essendo altro che un limite temporale alla tendenza della logica vendicatoria a rendere perennemente attiva e vigile l'esigenza di punire: che senso avrebbe punire un uomo per un furto commesso trent'anni prima?

Il tutto si comprende bene se si riflette sulla *ratio* della prescrizione⁶. Da un lato, v'è una *ratio* che è connessa al legame che intercorre tra il tempo e le ragioni del punire, per cui le ragioni scemano con la perdita di memoria del fatto, ma tornano a farsi pressanti nel momento in cui si scopre il fatto, si attiva la macchina punitiva e quindi anche la memoria del fatto. Dall'altro lato, v'è una *ratio* che si colloca dalla parte dell'autore in una prospettiva personalistica: per un verso, con il decorrere del tempo, l'autore che ha commesso il fatto è un uomo diverso da quello che viene punito e se trascorre troppo tempo tra il fatto e la condanna, la differenza può essere tale da non giustificare più la punizione di quella persona; per altro verso, in termini ancora più radicali, con il decorso del tempo si spezza addirittura lo stesso legame personalistico che unisce l'autore al fatto, nel senso che il fatto non gli appartiene più, venendo meno la stessa personalità della responsabilità.

Nella prima prospettiva connessa alle ragioni del punire, nessun problema quando appunto il fatto non si scopre. Problemi si pongono invece quando il fatto si scopre prima che sia trascorso il tempo necessario a prescrivere. La scoperta del fatto rimette in moto la macchina punitiva risvegliando le ragioni del punire, in un'ottica sia generalpreventiva, che retributivo-vendicatoria.

D'altra parte, secondo alcuni, nonostante il risveglio, dovrebbe operare comunque la prescrizione, nel senso che, se la condanna non giunge entro il termine della prescrizione ovvero tale termine spira prima della condanna, le ragioni del punire vengono meno.

Tuttavia, risulta difficile una difesa della prescrizione in presenza del risveglio delle ragioni del punire, proprio perché, ragionando in una logica che si colloca interamente dalla prospettiva del punire, all'idea che con il decorso del tempo si sono affievolite le ragioni del punire si contrappongono le ragioni del punire che si sono per l'appunto riattivate e risvegliate tramite la scoperta.

Ecco allora che, a seguito della scoperta del reato e dall'attivazione della macchina giudiziaria, le ragioni del punire risvegliate spingono per affermare addirittura l'imprescrittibilità, discutendosi poi se farla scattare con l'iscrizione nel registro degli indagati oppure con la sentenza di primo grado.

Del tutto evidente come questa lettura della prescrizione si compia dalla parte del potere e come la tendenza non possa che essere nel senso di una

⁶ D. Pulitanò, *Il nodo della prescrizione*, «Diritto penale contemporaneo», 1, 2015, pp. 20 ss.

disattivazione della prescrizione proprio in virtù del risveglio delle ragioni del punire di cui si nutre lo stesso potere punitivo. Il risveglio delle ragioni del punire sottrae la penalità al tempo e al divenire delle cose che il decorso comporta. Le ragioni del punire, una volta riattivate, dissolvono le ragioni dell'oblio.

Nonostante la sua tendenza assolutizzante, a volte, su questa concezione tornano a innestarsi ragionamenti per porre limiti temporali al punire, ma in un'ottica che non è più sostanziale, ma processuale. Una volta che il processo si attiva e si attivano le ragioni del punire, un limite al punire può essere ricavato dal fatto che lo Stato ha un tempo entro il quale deve punire, per cui se entro quel termine giunge a una condanna, bene, altrimenti, se non riesce, l'imputato ha il diritto a non essere punito. Una prospettiva che non può che essere accolta con favore nel momento in cui si reclamano limiti temporali al potere di punire, ma che ancora una volta, essendo sganciata da vere e proprie esigenze di garanzia, finisce per essere rimessa alle scelte discrezionali dell'ordinamento e al bilanciamento tra i diversi interessi.

Assai più incisiva la prospettiva personalistica, perché il potere punitivo, anche se risvegliato, alla fine deve arrestarsi per l'operare di limiti temporali invalicabili. All'assolutismo delle ragioni del punire che finiscono per impossessarsi del tempo cristallizzandolo in un momento, viene sottratto il tempo per essere ricollocato nel suo divenire, con la conseguenza che assumono rilevanza le trasformazioni dell'autore. Ecco che, una volta risvegliate le ragioni del punire, può risultare plausibile dare una *chance* allo Stato per arrivare all'eventuale punizione del soggetto (sospensioni e interruzioni), ma resta un limite invalicabile ben determinato oltre il quale non è comunque possibile andare, un limite determinato dal rapporto del tempo con il disvalore del fatto e la persona.

Dicevano che il risveglio delle ragioni del punire accomuna la vendetta pubblica e quella privata, orientando nel senso della imprescrittibilità, della impossibilità di dimenticare e di obliare. Attenzione, però, nella prospettiva pubblicistica c'è ancora una volta qualcosa di diverso e aggiuntivo, perché l'attivazione del punitivo non è ancora memoria, mancando l'accertamento del fatto. Ciò che si persegue è la stessa possibilità di ricordare, la mera memorabilità, a dimostrazione di come nella logica punitiva pubblica, ancora una volta, i rischi di strumentalizzazione si facciano più consistenti. Insomma, la vera memoria del fatto scatta allorquando il fatto risulta accertato.

A tutto questo si contrappone la persona, che restituisce valenza al tempo, perché persona significa divenire. All'immutabilità dell'esigenza punitiva sempre identica a se stessa là dove risvegliata dal sospetto si contrappone la trasformazione personalistica del soggetto che è potenziale autore.

2.2.4 *La prevenzione*

Il rapporto che intercorre tra tempo e potere punitivo pubblico tende a farsi ancora molto più complesso, perché alla logica della vendetta che spinge per il costante risveglio del passato e a quella prevaricatrice che porta ad appropriarsi dello stesso passato, si aggiunge anche una logica preventiva che tende ad impossessarsi addirittura del futuro.

Misure di sicurezza e misure di prevenzione fondate sulla pericolosità dell'autore sono strumenti sanzionatori che finiscono per prescindere da un fatto e per connettere la punizione al solo soggetto e alla sua pericolosità. Potremmo parlare di un personalismo meramente strumentalizzante.

Ecco che la logica fortemente preventiva si gioca non solo e non tanto in termini di funzioni della pena, come la prevenzione generale, ma soprattutto in termini di pericolosità sociale da contrastare mediante misure di sicurezza e misure di prevenzione. Si compie una prognosi circa quello che un soggetto potrà fare.

Di più. A ben vedere, si devono distinguere addirittura due prognosi. Da un lato, quella delle misure di sicurezza che si basa sulla presenza di un fatto accertato. Certo, questo fatto costituisce l'occasione per spostare poi il giudizio sulla persona, ma un ancoraggio con un qualcosa che è accaduto nel passato comunque sussiste. Dall'altro lato, v'è la prognosi delle misure di prevenzione che addirittura prescinde da tale accertamento, basandosi quindi su una pericolosità a sua volta connessa a un sospetto di reato e che pertanto, al di là di formule linguistiche, si concentra interamente sulla persona. Con uno straordinario paradosso: improvvisamente l'ordinamento, che nella logica vendicativa riporta il fatto passato al presente per proiettarlo nel futuro, nella logica preventiva prescinde dal fatto passato, per proiettarsi addirittura interamente sul futuro e sulla persona. Insomma, ciò che viene in gioco è la stessa persona del soggetto, vale a dire il passato della persona che poi viene proiettato nel futuro. Ma il passato della persona a prescindere dai fatti altro non è che l'essere: insomma, si è puniti per ciò che l'ordinamento ritiene si sia.

Ecco che con le misure basate sulla pericolosità lo Stato si appropria non solo del divenire dei fatti, ma anche del divenire della persona, entrambi cristallizzati nelle imperanti ragioni del punire passate presenti e future.

Il cortocircuito si scorge in tutta la sua paradossalità, nel momento in cui si ritiene che alle misure di prevenzione non si applichi il principio di irretroattività: proprio perché si basano su un sospetto, e non servono ad orientare, è del tutto legittimo che possano retroagire. Ma vero sembra essere piuttosto il contrario: non solo il contenuto è pur sempre afflittivo, ma proprio perché prive di capacità orientante non ha senso che operino, non solo per il passato, ma anche per il presente e il futuro. Insomma, proprio l'assenza di una capaci-

tà orientante, nel rendere siffatte misure mera afflizione, depone a favore della loro illegittimità anche quando dispongono per l'avvenire.

2.2.5 Una notazione iconografica: Goya pittore di Saturno ovvero del tempo di Stato

Saturno ovvero Kronos. Come tutti i grandi artisti, ma in termini ancora più estremi, Goya possiede due registri quello individuale e quello generale, con una straordinaria capacità di inserire il tutto nel tempo, nella dinamica, nel divenire.

Si pensi ai due dipinti del 2 *maggio* e del 3 *maggio*, spesso interpretati separatamente, ma in realtà in stretta connessione tra di loro, fino a rendere in qualche modo tutti vittime della tragedia dell'impiego della violenza. Sulla stessa scia *Maja vestida* e *Maja desnuda*, nonché *La prateria di San Isidro* e la pittura nera *Il pellegrinaggio a San Isidro*.

Ebbene, sul piano del tempo assume grande significato proprio la pittura nera *Saturno* che, dopo aver castrato il padre, sta divorando suo figlio. Siamo oltre la dimensione della *vanitas vanitatum* oggettiva delle cose costrette a conoscere la caduta, la decadenza e quindi la delusione. Qui il tempo lotta disperatamente per sopravvivere al suo stesso farsi niente e per sopravvivere al suo trascorrimento divora i suoi stessi figli: «per sopravvivere distrugge ciò che soltanto ne può assicurare la continuità»⁷.

Ma si può scorgere anche un significato politico della vicenda. Non solo e non tanto i problematici rapporti tra re Ferdinando VII e la democrazia⁸, ma più in generale, ancora una volta, l'intuizione dei disastri che ogni assolutismo produce: un Saturno come politica, come Stato che divora i suoi figli, le persone.

Goya vive nelle stanze del potere, conosce il potere, coloro che esercitano il potere nella loro umana mediocrità. Dopo di che conosce anche il significato della violenza nelle mani del potere, si pensi ai *Disastri della guerra* e ad alcune incisioni de *I capricci*. Saturno, il tempo è anche l'espressione di un potere che si fa violenza totale e assoluta. Se il tempo in quanto tale è questo potere distruttore, il potere politico nel momento in cui diventa totale s'impadronisce dello stesso tempo e dei caratteri della sua forza distruttrice, dirige il potere in ogni tempo, generando stermini e massacri senza più limiti.

⁷ M. Cacciari, *La morte del tempo*, in U. Curi (a cura di), *Dimensioni del tempo*, Milano, FrancoAngeli, 1987, pp. 71 ss.; U. Curi, *La morte del tempo*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁸ C. Foradada Baldellou, *Goya recuperado en las "Pinturas negras" y "El coloso"*, Gijón, Ediciones Trea, 2019.

Kronos che mangia i suoi figli altro non è che lo Stato che nel farsi assoluto dirige il potere in ogni tempo finendo per divorare i suoi figli. Una legge penale sfavorevole retroattiva divora i figli; una legge penale favorevole irretroattiva divora i figli; punire senza prescrizione è divorare i figli; affliggere perché è probabile che si commettano reati o per mero sospetto di reati è divorare i figli.

Lo Stato assoluto si fa tempo, si impossessa del tempo, del fatto passato, presente e futuro e delle persone passate, presenti e future e impiegando in termini temporalmente assoluti la violenza, non dà alcuno scampo ai suoi figli e quindi li divora. Il tempo che consuma in quanto tempo e divenire, nelle mani assolutizzanti dello Stato diviene un tempo che nella sua assolutezza violenta è permanente divorio dei figli.

Da quanto detto emerge come nella prospettiva della vendetta pubblica alla forte valenza punitiva derivante dal risveglio delle ragioni del punire si aggiunga anche la tendenza a impossessarsi dello stesso tempo, orientato a proprio piacimento, contro il divenire “naturale”, con effetti di vera e propria strumentalizzazione della persona sottratta allo storico divenire.

3. *Tempo e giustizia riparativa*

La giustizia riparativa è un paradigma alternativo non soltanto a quello vendicatorio, ma anche a quello statale. Certo, si può integrare con quello statale-vendicatorio, ma nella sua essenza, nel suo percorso la giustizia riparativa non è violenta ed è gestita direttamente dai consociati.

Ecco che nella giustizia riparativa nessuno si può appropriare del tempo, ma il tempo è rimesso nelle mani dei protagonisti, è restituito al loro divenire che diviene un divenire rigenerante⁹.

Nella giustizia riparativa occorre tempo, occorre dare tempo, ognuno si prende il suo tempo. Nessuno può predeterminare o imporre un tempo. Proprio perché si elabora e ci si confronta, occorre arrendersi al divenire ed ogni resistenza rischia di essere una negazione dell'altro. Il percorso di apertura, avvicinamento, incontro non può che richiedere tanto tempo o comunque il tempo necessario determinato dal divenire personale.

Al centro di questo divenire rigenerante si collocano le persone, con le loro esigenze personalistiche che richiedono tempo: è la gestazione della rinascita e della ricostruzione che esige necessariamente un tempo fisiologico. Se l'istante assoluto ha in sé la componente della dissoluzione, il divenire restituisce i margini per la gestazione e la rigenerazione.

⁹ V. per tutti G. Mannozi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale*, in questo fascicolo.

La (ri)generazione apre quindi al futuro, un futuro di cui nessuno si appropria, un futuro che è fatto della potenzialità di ogni nuovo inizio. L'avvenire si fa ignoto, ma soprattutto l'avvenire si fa fiduciario.

Allo Stato che divorca il figlio, si contrappongono i figli che vivono al di là e al di fuori dello Stato nella ricostruzione di una relazione interpersonale rispetto alla quale lo Stato nulla può, mentre possono le persone nel loro rapporto interpersonale.

Allo Stato che nel divenire assoluto s'impadronisce anche del tempo e quindi diviene il tempo divoratore dei figli, si contrappongono le persone nel divenire della loro relazione interpersonale, nel loro prendersi cura di sé.

Se la giustizia pubblica estromette la persona e quindi il divenire relazionale, la giustizia riparativa recupera la persona e quindi il divenire e il tempo della dinamica relazionale

Nella giustizia pubblica il tempo è necessario per ricostruire il fatto. A ben vedere si tratta di una giustizia già basata sulle garanzie, perché di per sé la giustizia pubblica sarebbe tanto immediata quanto la vendetta privata, con la differenza che non conoscendo pacificazione, eserciterebbe subito la violenza. Nella giustizia riparativa, il tempo non è impiegato per ricostruire il fatto, operazione che determinerebbe soltanto conflittualità, ma per ricostruire la dimensione interrelazionale.

Se nella vendetta si assiste a un'oggettivizzazione della soggettività e a una assolutizzazione temporale che fa del potere punitivo il sempre presenza nel passato nel presente e nel futuro, nella giustizia riparativa si assiste a una soggettivizzazione dell'oggettivo e quindi a una relativizzazione temporale con apertura al divenire del tempo interrelazionale. Il passato soprattutto esistenziale e personalistico diviene presente per ricostruire un qualcosa che parla al futuro, rigenerando autenticamente un futuro fiduciario.